Heft 36 | 3. September 1927. | [56. Jahrgang.] 1969

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Julius Magnus**, Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig,
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint ab 1. Oktober 1926 wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Die „Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins", die der früheren Ausgabe A beigefügt waren, erscheinen jetzt als besondere Zeitschrift unter dem Titel „Anwaltsblatt". Bezugspreis vierteljährlich M. 3.—. Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Die Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung in Karlsruhe (11.—13. September 1927).

Von Oberreichsanwalt a. D. Honorarprofessor Dr. Ebermayer, Leipzig.

Die diesjährige Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Krimalistischen Vereinigung findet in der Zeit vom 11. bis 13. September in Karlsruhe statt.

Es mag Leute geben, die fragen: Ist es wirklich nötig, daß die JKV. (um es kurz so zu nennen) in diesem Jahre schon wieder tagt? Sollte sie sich nicht, wie der Deutsche Juristentag, eine weise Beschränkung auferlegen und ihre Leute nur in jedem zweiten Jahre zusammenrufen? Solche Fragen haben sicherlich ihre Berechtigung und werden voraussichtlich bei der diesjährigen Tagung erneuter Prüfung unterstellt werden. Aber außergewöhnliche Umstände verlangen außergewöhnliche Maßnahmen. Wir stehen mitten in der Strafrechtsreform oder optimistisch ausgedrückt hoffentlich in ihrem letzten Stadium. Der im Reichsrat festgestellte Entwurf liegt, nachdem die erste Lesung im Reichstag bereits stattgefunden hat, zur Zeit dem zu seiner Beratung bestimmten Ausschuß des Reichstags vor, der am 21. September die Arbeit aufnehmen wird. Der Entwurf — ich möchte ihn kurz den Entw. 1927 nennen — zeigt gegenüber dem Regierungsentwurf 1925 sowohl im allgemeinen als im besonderen Teil ein Reihe teils recht erheblichen Änderungen, die von den einen als Verbesserungen, von den anderen als Verschlechterungen angesehen werden. Der Reichstagsausschuß und letzten Endes der Reichstag haben zu entscheiden, ob das eine oder das andere zutrifft und ob der jetzt vorliegende Entwurf eine geeignete Grundlage bildet, auf der ein neues Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch aufgebaut werden kann.

Die JKV. — die es stets als ihre wichtigste, ihr von ihren großen Gründern hinterlassene Aufgabe betrachtet hat, bei der Gesetzgebung auf strafrechtlichem und strafprozeßualem Gebiete den berufenen Organen beratend und fördernd zur Seite zu stehen — würde ihren Traditionen geradezu untreu werden, wollte sie im jetzigen Augenblick, gewissermaßen in der letzten Stunde vor der Entscheidung, sich untätig verhalten und in Stillschweigen hüllen, statt auch ihrerseits Stellung zu nehmen zu dem letzten Entwurf. Und so erschien es als eine mehr oder weniger selbstverständliche Notwendigkeit, gerade in diesem Jahre zu tagen, und die Verhandlungsgegenstände ergaben sich von selbst: für den ersten Tag: „Beratung über Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs", für den zweiten Tag: „Beratung über die kriminalpolitischen Grundgedanken des Entwurfs eines deutschen Strafvollzugsgesetzes." Für beide Verhandlungsgegenstände ist es gelungen, Berichterstatter zu gewinnen, die volle Gewähr bieten für eine ebenso gründliche und objektive, als auf wissenschaftlicher Höhe stehende Behandlung der zu erörternden Fragen.[1])

Wie schon bemerkt hat der Entw. 1927 gegenüber dem Entw. 1925 eine Reihe teils erheblicher Abänderungen erfahren. Es ist hier nicht der Platz, auf Einzelheiten einzugehen. Nur auf einige der wesentlichsten Änderungen sei hingewiesen. Die Grundgedanken, auf denen der Entw. 1925 und die früheren Entwürfe aufgebaut sind, sind selbstverständlich die gleichen geblieben. Auch der Entw. 1927 geht davon aus, daß Wesen und Zweck der Strafe nicht ausschließend oder doch vorzugsweise in der Vergeltung liegt, daß die Strafe vie mehr daneben bessern, erziehen, verhüten, sichern solle. Desgleichen hält der Entw. 1927 an dem Grundgedanken der früheren Entwürfe fest, daß bei der Bemessung von Art und Höhe der Strafe mehr als bisher neben der objektiven Schwere und den Folgen der Tat die Persönlichkeit des Täters berücksichtigt werden müsse, daß dem Richter in weiterem Umfang als bisher die Möglichkeit zu geben sei, die Strafe der Eigenart des einzelnen Falles sowohl nach der Tat als nach der Täterseite anzupassen, mehr zu individualisieren und daß dies nur durch eine Erweiterung des richterlichen Ermessens erreicht werden könne. — Die Frage der Erweiterung des freien richterlichen Ermessens hat schon bei Veröffentlichung der früheren Entwürfe viel Staub aufgewirbelt. Theoretische und politische Bedenken

[1]) Siehe unten S. 1986.

wurden dagegen erhoben. Die ersteren lagen in der Richtung, daß ein zu großes Maß freien richterlichen Ermessens zur Willkür führen müsse. Diese Gefahr ist an sich nicht zu leugnen. Daher erscheint, wenn man das richterliche Ermessen erweitern will, Vorsicht geboten. „Die Individualisierung darf nicht subjektive Willkür werden", wie Kohlrausch in seiner vortrefflichen Rede bei der Reichsgründungsfeier am 18. Jan. 1927 zutreffend hervorgehoben hat, „die Beseitigung der Schablone darf nicht zur Relativisierung des Rechtsgedankens führen". — Die politischen (nicht kriminalpolitischen) Bedenken liegen nicht sowohl in der Sache selbst, als in der Beurteilung der Persönlichkeit und der Einstellung der gegenwärtigen Richter. Man hat an sich gar nichts gegen die Erweiterung des richterlichen Ermessens; aber den jetzigen Richtern glaubt man sie um keinen Preis zugestehen zu können. Bezeichnend ist hier eine Äußerung, die vor einiger Zeit ein hervorragendes Mitglied einer der Linksparteien mir gegenüber tat: „Aber ich bitte Sie, den Richtern, wie wir sie haben, kann man doch nicht ein erweitertes richterliches Ermessen geben." Ich erwiderte ihm: „Dem läßt sich leicht abhelfen. Heben Sie für ein Jahr die richterliche Unabhängigkeit auf, was Sie ja ohnehin erstreben, entfernen Sie dann diese sämtlichen suspekten Richter und besetzen Sie die Stellen mit Ihren Leuten, und Sie werden nicht mehr das mindeste Bedenken haben, diesen neuen Richtern ein noch so weitgehendes Maß freien Ermessens einzuräumen."

Den oben erwähnten sachlichen Bedenken trägt der Entwurf 1927 insofern Rechnung, als er die Bestimmung des Entw. 1925 (§ 75 Abs. 1 erster Satz), wonach das Gericht, sobald ein besonders leichter Fall vorlag, die Strafe nach freiem Ermessen mildern konnte, gestrichen hat. Damit ist den Bestimmungen über das freie richterliche Ermessen der eigentliche Giftzahn ausgezogen. Was noch übrigbleibt, dürfte kaum ernsten Bedenken unterliegen. Weitergespannte Strafrahmen, möglichste Beseitigung der den Richter so häufig zu ungerechten Urteilen zwingenden Mindeststrafmaße, allgemeine Zulassung mildernde Umstände, vermehrte Anwendung der Geldstrafe, Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen da, wo das Gesetz es ausdrücklich zuläßt — dies alles dürfte nicht die Gefahr begründen, daß das dem Richter eingeräumte freie Ermessen zur Willkür wird.

In diesem Zusammenhang sei gleich des Überzeugungsverbrechers gedacht. Wer sich auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung zu der Tat für verpflichtet hielt, sollte, wenn dies der ausschlagende Beweggrund war, statt mit Zuchthaus oder Gefängnis mit Einschließung von gleicher Dauer bestraft werden. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, daß hier das eigene Normbewußtsein des Täters zum Inhalt des Gesetzes gemacht, daß die individuelle Pflichtnorm als gleichwertig mit der staatlichen anerkannt werde (vgl. Kohlrausch in der obenerwähnten Universitätsrede). Der Entw. 1927 hat den Begriff des Überzeugungsverbrechens fallen lassen; er stellt für die Frage, ob Zuchthaus oder Gefängnis oder statt dieser Strafen die custodia honesta der Einschließung nicht mehr ab auf das Normbewußtsein des Täters, verlegt vielmehr das unterscheidende Merkmal von dem subjektiven auf das mehr objektive Gebiet; entscheiden soll, ob der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat und ob die Tat nicht schon wegen der Art und Weise ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen verwerflich ist. Eine Verschlechterung gegenüber dem Entw. 1925 vermag ich darin nicht zu erkennen. Will man im neuen Strafgesetzbuch eine custodia honesta überhaupt beibehalten und nicht nur im Strafvollzug zwischen dem anständigen und dem unanständigen Verbrecher unterscheiden — was ich sehr bedauern würde —, so erscheint die im Entw. 1927 getroffene Abgrenzung, mindestens so lange als nicht eine bessere gefunden wird, durchaus annehmbar.

In der Regelung der Irrtumsfrage kehrt der Entw. 1927 zum Entw. 1919 zurück. Nach Entw. 1925 sollte jeder Irrtum, der den Täter das Unerlaubte seiner Tat nicht erkennen ließ, die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung ausschließen. Damit war mehr oder weniger das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Bestandteil des Vorsatzes gemacht. Man fürchtete bei solcher Regelung — kaum mit Unrecht — eine zu weitgehende Straffreiheit und unterscheidet deshalb im Entw. 1927 wieder, wie es der Entw. 1919 getan hatte, zwischen dem den Vorsatz ausschließenden Irrtum, der ein tatsächlicher oder rechtlicher sein kann, und dem Irrtum des vorsätzlich Handelnden, der ihn das „Unrechtmäßige" seiner Tat nicht erkennen läßt, wobei unter „unrechtmäßig" nicht, wie im Entw. 1925 unter „unerlaubt", auch das „sittlich Unerlaubte" zu verstehen ist, sondern nur das gegen geschriebenes oder ungeschriebenes Recht verstoßende. Solcher Irrtum schließt die Bestrafung wegen vorsätzlichen Handelns aus, wenn er entschuldbar ist, andernfalls soll milder bestraft werden. Diese Regelung ist im Interesse der Rechtssicherheit der im Entw. 1925 getroffenen vorzuziehen und das Aufgeben der Gleichstellung vom „rechtlich" und „sittlich" Unerlaubten zu begrüßen.

Bei der „Notwehr" wurde an Stelle der „angemessenen" Verteidigung die „notwendige" gesetzt, m. E. eine Verbesserung. Wesentlich umgestaltet wurde die Bestimmung über Notstand und Nothilfe. Nach dem Entw. 1925 sollte es sich hier — entgegen dem Entw. 1919 — überall nur um einen Entschuldigungs-, nicht um einen Rechtfertigungsgrund handeln, und es sollte bei der Nothilfe nur darauf ankommen, ob dem Nothelfer, nicht auch ob dem, dem geholfen werden sollte, zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden. Letzteren offensichtlichen Mangel beseitigt der Entw. 1927. Im übrigen unterscheidet er in dem Bestreben, den strafrechtlichen Notstand dem bürgerlich-rechtlichen möglichst gleichzustellen, zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund: Nicht rechtswidrig handelt der Täter, wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung erwachsenden Schaden unverhältnismäßig groß ist; andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, bleibt aber straffrei. Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, daß Einwirkungen auf Leib oder Leben nur zum Schutze von Leib oder Leben zulässig sind. Die Regelung ist etwas kompliziert, dürfte aber immerhin der im Entw. 1925 vorgesehenen vorzuziehen sein.

Daß bei Versuch und Beihilfe die Strafmilderung nicht mehr fakultativ, sondern wie bisher obligatorisch ist, bedeutet eine Verbesserung.

Wesentlich verschlechtert ist der Entw. 1927, soweit es sich um die Unterbringung freigesprochener, gemeingefährlicher Verbrecher in einer Heilanstalt handelt. Nach Entw. 1925 ordnete in diesem Fall das Gericht, wenn es die öffentliche Sicherheit erforderte, die Unterbringung des Freigesprochenen in einer Heil- oder Pflegeanstalt an. Nach dem Entw. 1927 kann das Gericht in diesem Fall nur die Unterbringung „für zulässig" erklären. Damit ist der ganzen Maßnahme das Rückgrat gebrochen. Zulässig ist in der Regel die Unterbringung durch die Polizeibehörde auch jetzt schon; dazu bedarf es keines richterlichen Ausspruchs. Der Entw. 1925 wollte bei der hohen Gefährlichkeit derartiger freigesprochener Geisteskranker gerade vermeiden, daß ihre Unterbringung in das Belieben der Polizei gestellt werde. Finanzielle Erwägungen — die Furcht, die Provinzen einzelner Länder könnten zu stark belastet werden — scheinen der Grund der Änderung zu sein. Man sollte doch, abgesehen von allen kriminalpolitischen und sozialen Erwägungen, nicht übersehen, daß ein solcher freigesprochener geisteskranker Verbrecher außer seiner Gefährlichkeit für Menschenleben materielle Werte vernichten kann, zu denen die Kosten seiner Unterbringung in keinem Verhältnis stehen. Was hier von der Unterbringung Zurechnungsunfähiger oder vermindert Zurechnungsfähiger gesagt ist, gilt in gleicher Weise für die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder im Arbeitshaus. Es ist zu hoffen und dringend zu wünschen, daß der Reichstag hier zum Entw. 1925 zurückkehrt. Das Wirtshausverbot ist gefallen; es wird ihm kaum jemand eine Träne nachweinen. Ein Gesetz verliert an Autorität, wenn es Bestimmungen enthält, deren Übertretung in den seltensten Fällen zu fassen ist. Bei der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag ist man zum geltenden Recht zurückgekehrt; ob zum Vorteil, mag dahingestellt bleiben. Den Bestrebungen, die Abtreibung straffrei zu lassen, gibt auch der Entw. 1927 erfreulicherweise nicht nach. Eingriffe zu Heilzwecken, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst er-

folgen, sind, wie nach dem Entw. 1927, keine Körperverletzung; ihre notwendige Ergänzung findet diese Bestimmung in der im Entw. 1925 fehlenden Vorschrift, daß solche Eingriffe, wenn sie gegen den Willen des Kranken erfolgen, als eigenmächtige Heilbehandlung strafbar sind; Unterbrechung der Schwangerschaft durch den Arzt zur Rettung von Leib und Leben der Mutter ist keine Abtreibung, was auch schon der Entw. 1925 gemeint, aber nicht ausgesprochen hatte. Beide Ergänzungen bedeuten einen Fortschritt. — Der Zweikampf wurde als Sonderdelikt beibehalten, der Tatbestand aber so gestaltet, daß die gewöhnlichen studentischen Bestimmungs-Schlägermensuren als bloßer Sport straflos bleiben, was im Zeitalter des Sports begreiflich und billig erscheint. Diebstahl und Unterschlagung bleiben Vereicherungsdelikte. Der Wegfall des Dritten Buches: „Gemeinschädliches Verhalten" und Herübernahme der dort aufgeführten Delikte: Bettel, Landstreicherei usw. als Vergehen wird kaum von einer Seite beanstandet werden.

Die vorgeschilderte, nur die wesentlichsten Änderungen berücksichtigende Übersicht zeigt, daß es uns an Stoff für die Beratung und Diskussion am ersten Verhandlungstage nicht fehlen wird. Möge der Entwurf eine eingehende, aber objektive Kritik erfahren, möge dabei jedoch nicht vergessen werden, daß es unmöglich ist, in einem neuen Strafgesetzbuch allen privaten Meinungen und Wünschen Rechnung zu tragen. Jeder von uns wird manches anders haben wollen und anderes für besser halten; jeder möge versuchen, seiner Meinung zum Siege zu verhelfen, dabei aber nicht vergessen, daß es verhängnisvoll wäre, durch eigensinniges Festhalten an der eigenen Meinung das ganze große Gesetzgebungswerk zu gefährden. Gesetze von mehr oder weniger Bedeutung sind heutzutage ohne gegenseitiges Nachgeben nicht zustande zu bringen. Scheitert der Entwurf, so erscheint die Strafrechtsreform ad calendas graecas verschoben. Wir müssen uns weiter mit Novellenflickarbeit behelfen, die um so schlechter wird, je älter unser geltendes Strafgesetzbuch wird und je mehr Risse und Löcher, die geflickt werden müssen, es zeigt. Dies wäre in hohem Maße bedauerlich, und um so bedauerlicher, als damit auch das Zustandekommen eines Deutschland und Österreich gemeinsamen Gesetzbuchs in unabsehbare Ferne gerückt wäre.

Der zweite Verhandlungstag soll der Beratung des kriminalpolitischen Grundgedankens des Entwurfs eines Deutschen Strafvollzugsgesetzes dienen. Daß auch das beste und modernste Strafgesetz ohne einen entsprechenden Strafvollzug ein Messer ohne Heft und Klinge ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Mit Recht war daher das Streben der Reichsregierung von Anfang an darauf gerichtet, gleichzeitig mit dem Strafgesetzbuch ein für das ganze Reich verbindliches Strafvollzugsgesetz zu schaffen, das uns bisher fehlt. Die Bundes- und Länderregierungen hatten allerdings schon i. J. 1897 und wiederholt in weit umfassenderer Weise i. J. 1923 gemeinsame Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen aufgestellt und durch das Gelddstrafengesetz und das Jugendgerichtsgesetz wurden einzelne Teile des Strafvollzugs reichsgesetzlich geregelt. Eine den gesamten Strafvollzug umfassende reichsgesetzliche Regelung hat jedoch bisher gefehlt. Eine solche soll durch das Strafvollzugsgesetz, dessen Entwurf dem Reichsrat zur Beratung vorliegt, erfolgen. Das neue Strafvollzugsgesetz soll mit dem neuen Strafgesetzbuch ins Leben treten.

In diesem Stadium der gesetzgeberischen Arbeit ist es wohl an der Zeit, daß auch die JKV. zu dem Entwurf Stellung nimmt.

Es kann noch weniger als beim Strafgesetzentwurf Aufgabe dieser Ausführungen sein, auf Einzelheiten des Entwurfs einzugehen; nur einiges wenige sei dazu bemerkt. Der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes schloß sich eng an den Strafgesetzentwurf von 1925 an. Da dieser im Reichsrat vielfache Änderungen erfahren hatte, wurde auch eine teilweise Umarbeitung des Entwurfs nötig, und der Entwurf in dieser umgearbeiteten Form ist der weiteren Behandlung zugrunde zu legen.

Der Entwurf enthält im Ersten Buche „Allgemeine Vorschriften" die Vorschriften über die Vollstreckung, die jetzt im letzten Buche der StPO. enthalten sind. Das Zweite Buch, das jetzt die Überschrift „Strafen", früher „Vollzug von Strafen", trägt, regelt den Vollzug der Todesstrafe, der Freiheitsstrafen und der Geldstrafen. Als Aufgabe des Vollzugs der Freiheitsstrafen wird im § 57 bezeichnet: „Die Gefangenen sollen durch den Strafvollzug, soweit es erforderlich ist, an Ordnung und Arbeit gewöhnt und sittlich so gefestigt werden, daß sie nicht rückfällig werden." „Sie sollen (§ 58) ernst, gerecht und menschlich behandelt, ihr Ehrgefühl soll geschont und gestärkt werden." Die in § 57 bezeichneten Aufgaben sind nur zu erfüllen durch eine weitgehende Trennung der einzelnen Arten von Gefangenen auch innerhalb der gleichen Strafart. Der Entwurf sieht deshalb eigene Anstalten und Abteilungen für Minderjährige und innerhalb dieser für Jugendliche vor, ferner für noch nicht oder nicht erheblich Vorbestrafte unter 25 Jahren; aber auch die Gefangenen über 25 Jahre sollen, soweit sie noch nicht oder nicht erheblich oder seit längerer Zeit nicht bestraft sind, von den übrigen getrennt werden. Die Vorschriften über die Behandlung der Gefangenen schließen sich im wesentlichen den „Grundsätzen" an, sind aber im einzelnen vielfach ausgebaut. Von besonderer Wichtigkeit ist der 9. Titel (§§ 155 ff.), der den Stufenstrafvollzug behandelt; mehr und mehr bekennt man sich zum Progressivsystem. Die Vorschriften des 17. Titels (§§ 232 ff.) ergeben, daß der Entwurf die hohe Bedeutung der Entlassenenfürsorge voll und ganz erkennt. Im Dritten Buch wird der „Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung" geregelt. Der Entw. enthält hier nur den allgemeinen Rahmen, das Nähere den Ausführungsbestimmungen überlassend.

Betrachtet man den Entwurf als Ganzes, so wird man dem Urteil Freudenthals (DJZ. 1927, 697 ff.) beistimmen können, daß er frei von aller Verweichlichung, aber getragen ist vom Geist der Menschenliebe und in dem Verbrecher nicht nur den Sünder sieht, dem Böses mit Bösem vergolten werden soll.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß uns für die beiden Verhandlungstage eine Fülle ernster und hoffentlich ersprießlicher Arbeit bevorsteht. Und das ist gut so. Denn wir kommen zusammen um zu arbeiten, und nicht, wie manche meinen, um uns zu „amüsieren".

Das schließt natürlich nicht aus, daß wir nach des Tages Last und Mühen uns heiterer Geselligkeit im Kreise von Freunden und Bekannten erfreuen, und das liebenswürdige, gastfreundliche Entgegenkommen, das uns seitens aller beteiligten Kreise in Karlsruhe gesichert ist, gibt uns die Gewähr, daß alle Teilnehmer der Tagung auch nach dieser Richtung volle Befriedigung finden werden.

Die deutsche Strafrechtsreform.

Von Justizrat Dr. Carl Siehr, Königsberg i. Pr.

Wieder geht es um das nach Kant größte und schwerste Problem, um die genaue Bestimmung und Sicherung der Grenzen der Freiheit (Kant, Ideen, Sätze 5 und 6).

Das deutsche Volk hat Justizreformen bisher niemals von diesem idealen Gesichtspunkte aus ihrer wahren Bedeutung gemäß genügend gewürdigt, ihnen niemals ausreichendes Interesse entgegengebracht und — viele haben sich nach Inkrafttreten der Ges. oft bitter beklagt. Sich beklagt, weil die Ges. hinter dem Kulturzustande nicht selten weit zurückblieben, zu spät kamen, nicht fortschrittlich genug, vielfach rückschrittlich waren. Sich beklagt über die Leistungen der Fachleute, der Juristen. Über ihre legislatorischen Leistungen und dann über ihre Urteile, die sich an die einmal erlassenen Gesetze halten mußten und hielten. Offenkundig werdende Mängel der

Gesetze rügte dann die öffentliche Meinung mit Recht — gesetzmäßige richtige Urteile mit Unrecht —, von den in aller Welt unterlaufenden und auch bei der Massenarbeit des trefflichen deutschen Richterstandes, wie er selbst weiß, nicht ausbleibenden Fehlurteilen spreche ich heute nicht.

Aber auch der berechtigte Tadel rückständiger Normen wendet sich an die falsche Adresse, wenn er — den Juristen entgegengeschleudert wird: Denn zwar hatte der Jurist starken Einfluß auf die Gestaltung von Justizgesetzen und hat er ihn auch heute nicht verloren. Aber die zum ersten Male zur ganz freien eigenen Entscheidung über das Strafrecht als Ganzes berufene Bevölkerung übt den ihrigen auch heute selbst noch nicht genug aus. Schuld daran trägt auch nicht das Volk, sondern die geschichtliche Entwickelung; Machtmißbrauch, der in früheren Jahrhunderten das Strafrecht zu einem durch Ideen der Menschlichkeit und wahren Gerechtigkeit nicht sehr stark beeinflußten, ganz rohen Machtinstrumente, die Rechtswissenschaft zur Geheimwissenschaft machen wollte und machte, wirkt noch nach.

Diese Zeiten sind aber vorbei. Nun also, deutsches Volk, schaffe mit am werdenden neuen Rechte! „Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen!" (Kant). Niemals war das wichtiger, als heute; das neue Recht darf die Erfahrungen der Vergangenheit nicht mißachten. Aber es muß Volksgeist, neuzeitlichen Geist atmen. Du bist berufen, dem Entwurfe seinen lebendigen Odem einzublasen. Jetzt kannst du es, jetzt mußt du es. Um dein Recht geht es, um deine Freiheit, und du trägst nun die Verantwortung. Frei, der unbedingten Forderung, recht zu tun, zu entsprechen. Ernsten, erfolgsicheren Kampf gegen das Verbrechen will das deutsche Volk; aber es ist ein Volk von höchster Kultur; als solches will es handeln; ethisch rein; menschlich. Das Gesetz wird diesem Volkswillen entsprechen, wenn dieser nicht versäumt, sich genug durchzusetzen. Der Nachprüfung bedürfen durchaus nicht nur die politischen Normen, an die der Parlamentarier und die Presse zuerst denkt. Auch der Laie muß nun tiefer schürfen.

Dringend verbesserungsbedürftig waren im Entwurfe von 1925, aber in der Reichstagsvorlage verbessert sind die Vorschläge über Mord und über mildernde Umstände. Verbesserungsfähig jedoch blieben zahlreiche Einzelheiten, groß manche Zweifel, speziell der, inwieweit eine Rechtsangleichung bezüglich der in der Anlage 1 der Reichstagsvorlage erörterten überaus wichtigen Stoffe sich empfiehlt und welche rechtsangleichenden Änderungen der Vorlage.

Eine gesunde Reformgrundlage aber ist der Entwurf, ein großer, für den Kampf gegen das Verbrechen bedeutsamer Fortschritt; genügend ist sein Inhalt noch nicht.

Der amtliche Entwurf von 1925 und die Reichstagsvorlage hat bedeutsame Vorzüge vor dem geltenden Rechte, in Sprache, Gliederung und Inhalt. Sie übertreffen die Entwürfe von 1909, 1913, 1919. Hätten wir um die Jahrhundertwende solch ein neues Gesetz erhalten, so wäre es radikal erschienen, in der Zeit kurz vor dem Kriege hätte man es als bedeutsamen Fortschritt bezeichnen können. Und auch heute muß man ihm — vom Standpunkte der Praxis aus — als einer auf v. Lisztschen Lehren bauenden Verbesserung des geltenden Rechts zustimmen. Aber mit der inzwischen fortgeschrittenen Entwickelung Deutschlands und der Wissenschaft und Rechtspflege hat die Legislative nicht Schritt gehalten; würde in diesem Jahre der Entwurf ohne Änderungen Gesetz, so erschiene ein solches bereits als überaus rückständig, mindestens als völlig unzureichender Fortschritt, als Stufe einer Treppe, über die hinaus weiter zur nächsten Stufe zu schreiten dringendes Gebot wäre.

Es wird daher anzustreben sein, ohne das Gesetzgebungswerk aufzuhalten und sein System zu zerreißen, ihm wenigstens noch einige Verbesserungen einzuverleiben, damit für einige Zeit eine gewisse Stabilisierung der Strafgesetzgebung eintritt und nicht sofort wieder eine Novellengesetzgebung der Verabschiedung des Reformwerks sich anschließen müßte. Heute gehe ich auf keine Einzelheit ein, nur auf einige große Gesichtspunkte will ich heute hinweisen, von denen ich den italienischen Versuch, das Fundament „Schuld und Zurechnung" ganz zu verlassen, als undeutsch und im jetzigen Stadium der Beratungen nicht diskutabel, auch nicht ausführlich berühre. Verwaltungszwang aus Staatsräson, Schwingen des Racheschwerts gegen Unschuldige ist nicht Recht, sondern Anknüpfen an das altrömische ius vitae et necis, roher Gewaltgeist. Der Täter ist Mensch, der Unschuldige unantastbar nach deutscher Auffassung. Aber auf folgendes muß hingewiesen werden:

Die deutsche Strafrechtsreform geht ihrer Vollendung entgegen. Mit ihr der erste große Akt der deutsch-österreichischen Rechtsangleichung. Der erste Sieg des großdeutschen Gedankens kann jetzt errungen werden. Er muß erstritten werden. Das ist Grund genug, positiven Ausgang der bevorstehenden Gesetzgebung zu wünschen. Denn diese vaterländische Aufgabe einigender Harmonie ist bedeutsamer, als alle von den Theoretikern ausführlich, von uns Praktikern kurz, aber auf Grund von lebendiger Erfahrung erörterten Einzelheiten.

Bedeutsamer auch, als der Streit um die Todesstrafe? Schon stockt die Feder. Es geht um Tod und Leben. Um mehr noch! Um den Ruf Deutschlands als Kulturvolk.

Wie auf den Juristentagen in Danzig und Wien bekenne ich mich als grundsätzlicher Gegner dieser — unseres Volkes nicht würdigen — nach allen beachtlichen Strafrechtstheorien schlechten und nach der Statistik praktisch entbehrlichen und sogar vielleicht verbrechenmehrenden, jedenfalls die Kriminalität nicht mindernden (bisweilen übrigens nicht zu harten, sondern zu milden) Strafart. Ich meine, obgleich das viele nicht glauben, daß sie sogar auch für Unruhezeiten und Kriegszeiten nicht zu rechtfertigen und zu entbehren ist. Ich bin auch Gegner von Kompromissen, wie sie auf dem Wiener Juristentag leider der ehrwürdige Kahl — mit knapper Mehrheit — durchgedrückt hat und wie sie nun der Entwurf bringt und der Vorschlag, wenigstens gegen Minderjährige die Todesstrafe nicht zuzulassen.

Der Entwurf ist selbst schon das Ergebnis von Kompromissen, die nicht mehr zeitgemäß sind. Die Zeit zur Abschaffung der Todesstrafe hat in Deutschland geschlagen. Selbst Anhänger der Todesstrafe müssen für ihre Abschaffung stimmen, um das justizpolitisch endlich notwendige Reformwerk und deutsch-österreichische Rechtsgleichheit nicht zu gefährden. Die Todesstrafe muß fallen. Es ist keineswegs Tatsache, daß die Volksmehrheit für ihre Beibehaltung sei. Die Reichstagsvorlage bringt in ihrer kurzen Aufzählung der Gründe der Todesstrafenanhänger nichts Wesentliches. Eigentlich wieder nur die längst widerlegte Behauptung der Abschreckungswirkung. Sie konzediert, wie Kahl es in Wien tat, die Bedeutung der Gründe der Gegner und sucht, wie er es in Wien tat, diese schlechteste aller Straftaten provisorisch wenigstens zu retten. Kahls und ihre Gründe laufen darauf hinaus, daß das Volk zur Befreiung von dieser Strafart noch nicht reif sei; wie die Unruhezeit nach dem Kriege bewiesen habe, fügt die Begründung dem Sinne nach hinzu: Gerade diese Deduktion aber muß das deutsche Volk mit aller Schärfe zurückweisen; im Einklange mit Kants Ausführungen über Reifen von Völkern zum rechten Freiheitsgebrauche durch Befreiung; und im Bewußtsein, daß das deutsche Volk sich in schlimmeren Zeiten, als sie je ein anderes erlebt hat, reifer und besonnener gezeigt hat, als je ein anderes. Bestialisch-gemeines Handeln einzelner, die eben durch Einsperren unschädlich gemacht werden mußten, wie Bestien eingesperrt auch unschädlich sind, rechtfertigt es nicht, daß dem deutschen Volke noch länger die Beseitigung der barbarischen Strafart versagt wird. Zumal jetzt nach Überwindung der Unruhezeiten.

Den Juristen frage ich: Hat die Todesstrafe auch nur eine einzige der von der Wissenschaft aufgestellten Eigenschaften eines guten Strafmittels? Die Erfordernisse der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit an Strafmittel sind schon von Berner in § 93 zusammengestellt. Vergeblich ist jeder Versuch, darzutun, daß die Todesstrafe auch nur einem von ihnen genüge, abgesehen davon, daß sie streng, ein empfindliches Übel ist (wie gesagt manchmal nicht empfindlich genug, sehr oft zu hart). Sie wirkt nicht gleichmäßig, ist nicht abstufbar, nicht teilbar, nicht nur gegen den Schuldigen wirksam, niemals wieder gutzumachen, nicht geeignet, abzuschrecken und anständigen Menschen Genugtuung zu gewähren,

vollends unvereinbar mit dem Zwecke der Besserung! Alle Fortschritte auf diesem Gebiete seit dem entsetzlichen Zustande des hochnotpeinlichen Halsgerichts des Mittelalters haben uns noch nicht davor bewahrt, daß auch das heutige Strafrecht ein von mittelalterlichem, unserer Kultur nicht entsprechendem Geiste beherrschtes furchtbar rückständiges ist, die Todesstrafe und das Entsetzlichste nicht beseitigt, den Justizirrtum in Todesurteilen.

Justizrat Sello ist unwiderlegbar: irren war, ist und bleibt menschlich.

Genug heute von der Todesstrafe, gegen die Vieles und gegen die Vortreffliches gesagt worden ist und die kein Staat braucht.

Ich kann es mir vorstellen, daß die von der Wissenschaft, den juristischen Praktikern und der Reichsjustizverwaltung nach besten Kräften vorbereitete Strafrechtsreform scheitert, wenn die Todesstrafe nicht verschwindet — und das wäre jammervoll angesichts der ganz gewaltigen Rückständigkeit der geltenden Strafrechts- und der nationalen Rechtsangleichungsaufgabe. Der Geist der Gerechtigkeit und der Menschlichkeit siege nun endlich über den Geist der Furcht!

Der Prüfung bedarf es ferner, inwieweit die überaus dringlichen und gewichtigen Forderungen der Wissenschaft und der Praxis auf den Gebieten des Prozesses und des Strafvollzuges Voraussetzungen der Annahme des Entwurfs sind, dieses Entwurfs, der in an sich berechtigtem gewaltigem Vertrauen in den deutschen Richterstand die Richtermacht überaus groß werden lassen will. Ich habe dagegen kein Bedenken, wenn die längst geforderten notwendigen Garantien des Verfahrensrechts und des Vollzugsrechts gegeben werden.

Grundsätzlich hat der Vorsitzende des Rechtsausschusses in seinem Aufsatze „Die deutsche Strafrechtsreform, Hoffnungen und Zweifel" recht, wenn er den Wunsch hegt, daß der Ausschuß und die Volksvertretung meisterhafte Beschränkung üben mögen. Dr. Kahl ist der Mann dazu, das Meisterwerk seines reichen Lebens durch Retten dieses für Einheit und Recht des Vaterlandes so wichtigen Gesetzeswerkes mittelst Beschränkung der Parlamentarier auf das Wesentliche zu vollbringen.

Manches von dem, was die Forscher und wir Praktiker motiviert verlangt haben, ist wesentlich; sehr viel mehr, als das vorstehend Genannte, das ich als das Wichtigste bezeichnen würde, wenn nicht ein Punkt, auf den auf meine Anregung von der Rechtsanwaltschaft hingewiesen worden ist, meiner Auffassung nach noch wichtiger wäre.

Ein einziger grundsätzlicher großzügiger Eingriff in den Gedankenaufbau des Entwurfs erscheint notwendig:

Trotz aller sonstigen Selbstbeschränkung führt die Prüfung, ob mehr oder weniger strafbare Tatbestände in das Gesetz hineingehören, zur Erörterung einer sehr gewichtigen systematischen Frage, die sich lösen läßt ohne Umwerfen des Systems, evolutionär, durch Steigerung eines im Entwurfe schon begonnenen Fortschritts:

Leben und Körper, Vermögen, Freiheit und Ehre schützt der Entwurf, wie auch schon das geltende Recht. Beide aber sind unvollkommen insofern, als sie den Schutz des Vermögens sehr stark, den des Menschen und vor allem den der Menschenwürde zu wenig betonen. Noch steht nicht der Mensch im Mittelpunkte des vorgeschlagenen Rechts. Einheit und Kraft des strafgesetzgeberischen Willens erfordern selbstverständlich kräftigen Schutz gegen alles Unsaubere und Unehrliche, ganz besonders Sicherung der Gesellschaft und des Eigentums gegen gemeingefährliche und Gewohnheitsverbrecher. Der gesetzliche Schutz muß auch auf dem Gebiete des Vermögensrechts ein vollkommener sein, er darf keine weiten Maschen zum Durchschlüpfen lassen, muß dem klügsten Gauner technisch gewachsen sein. Aber: Kantisch, nicht drakonisch, streng, aber nicht blutig, muß das Strafrecht sein. Menschlich; bei aller ernsten Strenge nicht unnötig hart. Auch Güte im Strafrecht ist nichts Unmögliches. Kant lehrt, wie zwei einander dem Schein nach widerstreitende Sätze nebeneinander bestehen können. Humanes (durchaus nicht schwächliches, sondern furchtloses) Empfinden führt zur gleichen Lösung, wie die Antinomiebehandlung durch die Vernunft. Das Gesetz führe zu Reinheit und Kraft!

Aber: Manche Härte auf dem Gebiete des Eigentumsschutzes bedarf des Ausgleichs, besonders solange nicht Verbesserung des Gerichtsverfassungs-, Prozeß- und Strafvollzugsrechts den Wirkungen der an sich begrüßenswerten bedeutenden Erweiterung des freien richterlichen Ermessens die gebotenen Grenzen gezogen haben, dürfen vom Gesetzgeber die Strafmaße nicht übermäßig oder gar maßlos hoch gesteckt werden.

Andererseits ist gesteigerter Schutz des Menschen selbst unbedingt erforderlich. Nur beispielsweise erwähnt seien hier die wichtigen Wünsche nach gesteigertem Schutze der Ehre und nach gesteigertem Schutze der Kinder und Hilflosen gegen Rohheit, überhaupt nach Steigerung der Ahndung von Roheit im Verhältnisse zur Ahndung vermögensrechtlicher Delikte.

Aber all das trifft noch nicht einen grundsätzlichen Kernpunkt, der bedacht werden muß:

Die Menschenwürde, das höchste und für den Staat wertvollste Gut, die Persönlichkeit, der Mensch in seiner nicht rein körperlichen, nicht rein äußerlichen Existenz bedarf des gesteigerten Schutzes gegen sittenwidrige Beeinträchtigung.

Man könnte daran denken, in diesem Punkte, in diesem einzigen, eine systematische Neuordnung eintreten zu lassen, diesem Stoffe einen besonderen Abschnitt zu widmen. Jedoch ist das nicht gerade nötig, weil das Notwendigste auch dann Gesetz werden kann, wenn man nur die §§ 279, 280 der Reichstagsvorlage, Entw. von 1925 §§ 253, 254 ausgestaltet:

Als einziger Leitsatz, den schon die Einleitung zu den besonderen Abänderungsvorschlägen des Königsberger Kammervorstandes anregt, wird folgende Formulierung gewünscht:

§§ 253, 254 des Entwurfs werden so gefaßt:

§ 253.

Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen oder durch Mißbrauch der durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis begründeten Abhängigkeit einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Gefängnis bestraft.

§ 254.

Wer einen anderen usw. wie Entwurf, aber wieder unter Zwischenschiebung der vorstehend unterstrichenen Worte.

Während das Strafrecht mit gutem Grunde in Arbeitsstreitigkeiten, auch in die Kämpfe der Aussperrungen und Streiks, ohne Not nicht eingreift, muß es gegen Sklaverei schützen, auch wo der Machtmißbrauch nicht gerade zu geschlechtlichen Ausschreitungen führt, wie in den Fällen der §§ 289, 293 oder sonst den Körper betrifft, wie in § 265 der Reichstagsvorlage.

Der Mensch ist nicht nur, ist nicht einmal vorwiegend ein tierisches, körperliches Wesen, der rein äußerliche Schutz des Körpers und der Geschlechtsehre kann nicht genügen. Die Freiheit (nicht nur die physische) und die Menschenwürde bedürfen eines Schutzes, der wichtiger ist, als jener äußere Schutz und viel wichtiger, als jeder Vermögensschutz.

Lohnsklaverei, Mißbrauch der Macht durch eklen Druck auf deutsche Brüder ist unser unwürdig. Ganz auszurotten ist all das durch Strafnormen nicht. Aber wie auf allen seinen Gebieten, so muß vor allem auch in diesem Punkte das Strafrecht seine Pflicht im Rahmen des Möglichen tun. Auch erzieherisch, soweit das Volksbewußtsein das Unrecht von Gemeinheiten etwa noch nicht überall empfindet. Die Fälle des Machtmißbrauchs, die eine Gemeinheit darstellen, müssen kriminell getroffen werden können, die anderen mögen Rechtsnormen des Gewerberechts behandeln. Freiheit und Würde auch der Abhängigen dürfen nicht vogelfrei sein, der Angestellte und der Arbeiter müssen des Segens staatlichen Schutzes vollauf teilhaftig werden, sie sollen nicht unter Druck, nicht in gedrückter Seelenstimmung schaffen!

Man könnte weiter gehen, es für gleichgültig erklären, ob der nötigende Druck gerade in Gewalt, Drohung mit Vergehen und Abhängigkeitsmißbrauch besteht, das Nötigen ohne Rücksicht auf die Natur des Mittels treffen wollen, mir scheint es praktisch falsch so weit zu gehen, jedenfalls aber ist das Vorgeschlagene anzustreben.

Ein neues Strafrecht kann dem deutschen Volke dann nur als Fortschritt erscheinen, wenn es die in ihrem freien Bereiche Mächtigen dazu zwingen hilft, wenigstens nirgends mehr den Menschen nur „als Mittel" anzusehen. Wieder mahnt hier Kant.

Das neue Strafrecht muß zu Deutschlands Ehren und zum Vorteile des sozialen Friedens als erstes sich vor der großen Kantischen Wahrheit beugen:

„Der Mensch hat Würde."

Ernst zeige jedes Urteil die Heiligkeit und die Kraft des Rechtsstaates; aber dieses Strafgesetzbuch schaffe nicht mehr Haß gegen das Vaterland, sondern achtungsvolle Erkenntnis wahrer Gerechtigkeit, bei allen! Selbst beim Gestrauchelten, den die Strenge des Gesetzes trifft.

Man wird unter denen, welche für Humanität kein Verständnis haben, von Humanitätsduselei sprechen; so gern man sich auf Kant beruft, sobald man ihn in einer Frage auf seiner Seite zu haben glaubt; das sind diejenigen, die von Kants Geist keinen Hauch verspürten, denen der ganze Kant ein verschlossenes Buch ist. Kant ist sehr mannhaft. Festigkeit im Kampfe gegen „das böse Prinzip" im Menschen ist nötig, verächtlich ist das Gemeine, aber alle harte ethische Wertung schlimmer Taten und der Verächtlichen unter den Tätern entbindet nicht von den Aufgaben der heilenden Erziehung und warm-menschlicher Milde.

Beweist nur ein Leben lang — und bei diesem Werke — die innere Kraft, eisern zuzufassen, wo es nötig ist, jedoch ebenso menschlich, wie eisern! Dann könnt Ihr Kantjünger sein. Das Recht der Menschen zu achten, ist kategorisches Gebot. Aber Hartherzigkeit ist nicht Recht. Blindwillkürliches Schalten der sogenannten Staatsräson auch nicht.

Beile, Faszes, gönnen wir fürchtenden Diktatoren; solche Angststrenge braucht das mutige deutsche Volk nicht, sondern von der ewigen Liebe und vom Geiste von Königsberg und Weimar geweihte natürliche heilsame Erziehungsmittel des im Kerne festen, innerlich starken deutschen Volksstaats für diejenigen seiner Glieder, die krank und schwach wurden und in Versuchung unterlagen.

Wir, die wir ein Leben lang das geltende Recht anwandten, sterben bald; einem neuen Geschlechte hinterlassen wir das neue. Möge es ein köstliches Vermächtnis sein: „Wer mir in meinen letzten Augenblicken noch eine gute Handlung vorzuschlagen hat, dem will ich danken", sagte der Weise von Königsberg. Alte Generation Deutschlands, du darfst vor deinem Ableben noch eine sehr gute Handlung vollbringen helfen, gemeinsam mit der Jugend, für sie: eine des deutschen Volkes würdige Gesetzreform, ein schönes, großes Werk der Gerechtigkeit.

Noch eine Frage: Kann die Volksvertretung durch Änderungen an anderen Stellen auch noch beweisen, daß, wie ein strafender Vater, auch eine strafende Gesamtpersönlichkeit, ein Volksstaat, bei aller nötiger Strenge gütig sein kann?

Wie man ja auch nach und nach einen bei aller Strenge gütig ins rechte Leben zurückführenden Strafvollzug anstrebt. Nach einer von gleichem Geiste zu „beseelenden" Rechtsprechung. Warum nicht gleiche menschliche Absicht im materiell-rechtlichen Gesetzbuche auch durch die Tat beweisen? Man wird vielleicht antworten, diesen Beweis erbringe der Entwurf schon; Sie sehen aber, meine Herren Gesetzgeber, daß meine Seele ihn im Entwurf noch fast völlig vermißt; es wird viele starke und gütige deutsche Seelen, in allen Parteilagern, geben, die ebenso empfinden. — Solch ein Beweis, diese eine grundsätzliche Reform des Strafrechtsgeistes, wäre würdig der vor dem Göttlichen im Menschen Kant-goethisch ehrfürchtigen Verfassung von Weimar; würdig der Besten unter unseren Richtern, welche trotz gebotener Strenge human Gerechtigkeit üben, ist nicht drakonische Blutgesetzgebung. Väterliche Strenge paart sich mit Güte. Strafen heißt nicht „Rache nehmen".

Die deutsche Seele betet zum Gott der Liebe, nicht zum Gott der Rache.

Von Gott dem Gerechten singt der deutsche Dichter:

Droben überm Sternenzelt
Muß ein guter Vater wohnen.

Schrifttum.

I. Materielles Strafrecht.

a) Kommentare.

J. von Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. neubearbeitet von Reichsgerichtsrat Lorenz, Reichsanwalt Freiesleben, Reichsanwalt Niethammer, Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft Kirchner, Oberlandesgerichtsrat bei der Reichsanwaltschaft Gutjahr. 1. Band. Berlin 1927. Verlag Franz Vahlen. 945 S. Preis geh. 43 ℳ, geb. (Halbfranz) 48,50 ℳ.

Als der ausgedörrte Boden der Strafrechtswissenschaft durch das StGB. von 1870 neu befruchtet war, schoß die Kommentarliteratur üppig auf. Vieles freilich, um bald wieder abzusterben: Kirchmann (1870), F. Meyer (1871), Puchelt (1871), Rubo (1870—1879), Lorenz (1873), Hahn (1877) — den Heutigen werden kaum die Namen bekannt sein. Eine etwas längere Lebensdauer war dem guten Buch von Rüdorff (1871) beschieden; aber mit der dritten, von Stenglein bearbeiteten Aufl. kam es auf die Bahn der Präjudiziensammlungen, um dann gleichfalls zu verschwinden. Denn auf dieser Bahn ward jede Konkurrenz geschlagen von Oppenhoff, der seinen an der Judikatur des Obertribunals geschickt orientierten Komm. zum PrStGB. (1. Aufl. 1856, 6. Aufl. 1869) nur wenig hatte umzustellen brauchen, um (1. Aufl. 1871) auch für die praktische Handhabung des RStGB. ein zunächst unentbehrlicher Berater zu werden; später von Delius bearbeitet, brachte er es bis 1901 auf weitere 14 Auflagen. War es hier die Überschätzung der Routine, die das Buch schließlich in der verdienten Versenkung verschwinden ließ, so wurde der treffliche Kommentar des Sächs. Generalstaatsanwalts Schwarze (1. Aufl. 1871) nicht nur ein Opfer dieser geistig wohlfeileren Konkurrenz, sondern auch des ehrlichen, vielleicht nicht immer glücklichen Strebens, Wissenschaft mit Praxis zu verbinden. In der Vorrede zu seiner letzten, der 5. Aufl. (1885) spricht der als Praktiker, Gesetzgeber und Schriftsteller verdiente Mann der Strafrechtswissenschaft seinen Dank aus, aber auch seine Besorgnis für die weitere Entwicklung des Verhältnisses zwischen Praxis und Wissenschaft: „Die Wissenschaft muß bemüht sein, die Herrschaft sich zu bewahren. Aber sie ist in Gefahr, durch den Widerwillen der Praktiker gegen zu weit ausgesponnene und in das kleinste Detail sich vertiefende wissenschaftliche Erörterungen in ihrer Einwirkung auf die Praxis gehindert und beschränkt zu werden, da er unbesiegbar ist, auch durch die Trägheit und Bequemlichkeit vieler Praktiker befördert wird."

In diesem Kommentardickicht wuchs seit 1880 ein Stamm heran, der an Lebenskraft alle übertreffen sollte und in dessen immer mächtiger werdendem Schatten die anderen mehr oder weniger schnell verkümmerten: der Kommentar von Olshausen. Liszt begrüßte ihn 1882 mit den Worten: „Schon jetzt unterliegt es keinem Zweifel — und es kann in dieser Beziehung von einer communis opinio gesprochen werden —, daß Olshausens Kommentar alle anderen gleichartigen Arbeiten weit hinter sich zurückläßt." Binding in seinem Handbuch (1885) schrieb ähnlich und empfahl noch 1907 (Grundriß I, 57) Olshausen als „den wissenschaftlichsten der Kommentare". 1916 erschien die 10. Aufl., 1924 starb der Verf. Er hinterließ ein schon leicht angealtertes Werk, dessen Verbreitungsgebiet bereits damals der mit so feiner praktischer Intuition geschriebene „Leipziger Kommentar" auf weiteste Strecken in Besitz genommen hatte, von dem in seiner Art unschlagbaren Frankschen Komm. ganz zu schweigen. Es gehörte Mut dazu, den alten Olshausen in diesem Augenblick verjüngen zu wollen.

Die Herausgeber und der Verlag haben solchen Mut besessen. Das Ergebnis liegt in dem ersten Band vor. Er reicht bis § 210a. Der Allgemeine Teil ist bearbeitet von Niethammer, die §§ 80

bis 152 und 166—184b haben Lorenz, die übrigen Paragraphen Freiesleben zum Kommentator. Wieweit es dem Werk gelingen wird, die alten Freunde zurückzuerobern und neue zu gewinnen, muß die Erfahrung zeigen. Auch dem Rezensenten muß es sich erst im täglichen Gebrauch erproben. Vorläufig kann er nicht mehr tun, als auf einige Einzelheiten aufmerksam machen, wobei Bedenken offen auszusprechen im Interesse des Werkes liegen dürfte.

Die vornehme äußere Gestalt ist unverändert die alte. Auch in der Numerierung der Anmerkungen scheint wenig geändert zu sein, was der Benutzung auf Grund älterer Zitate zugute kommt, aber auch schon das erste Bedenken auslöst: Eine derartige Kommentiermethode mit unzähligen fortlaufenden Anmerkungen ist überholt. § 59 z. B. umfaßt 34, § 73 deren 40 usw., ohne weitere systematische Gliederung oder Zusammenfassung, bei erheblicher Erweiterung des Stoffes und des Gesamtumfanges. Eine derartige Methode ist nur dann allenfalls erträglich, wenn die Erläuterungen einen innerlich, logisch begründeten Aufbau erkennen lassen und dieser jeweils zu Beginn in einem systematischen (nicht bloß alphabetischen!) Inhaltsverzeichnis dargestellt wird. Anderenfalls hat man nicht einmal „die Teile in der Hand“, denn man findet nichts. Staub, Stein, Frank u. a. sind in dieser Hinsicht Muster moderner Kommentare. Und auch innerhalb der Anmerkungen ist das Einstreuen massenhafter Zitate zwischen, ja sogar in die Sätze ein schweres Hindernis für die Lesbarkeit und Übersicht. Ich habe mir bereits vor 25 Jahren (Ztschr. 23, 141) gegenüber der 6. Aufl. den Vorschlag gestattet, die Zitate in besondere Fußnoten zu verweisen, um den Gedankengang deutlicher erkennbar zu machen, leider vergeblich. Kein Benutzer wird den ungeheuren Vorteil leugnen, den z. B. die ZPO. Steins in dieser Hinsicht bietet.

Leider darf aber nicht verschwiegen werden, daß dieses Haften an der äußeren Gestalt auch einer inhaltlichen Modernisierung im Wege gestanden hat. Der Mangel an äußerer Gliederung ist nicht nur ein Schönheitsfehler, er ist immer mehr zu einem Hindernis für die grundsätzliche Fundamentierung und innere Zusammenkittung der Gedanken geworden. Es gibt nun einmal im Strafrecht gewisse Grundfragen, deren Wichtigkeit auch praktisch nicht mehr geleugnet werden kann oder — werden sollte, die in den letzten Jahrzehnten immer problematischer wurden und deren Lösungen sich ganz wesentlich gewandelt haben. Mit bloßer Hineinschiebung von Buchtiteln und Entsch. darf es ein derartig monumentales Werk nicht bewenden lassen. Es hat die Aufgabe, die minutiöse, gewiß vielfach in die Breite, oft aber doch auch in erhebliche Tiefen gehende Arbeit der Wissenschaft, mag sie von Praktikern oder von Theoretikern geleistet sein, dem Praktiker (der Monographien und Zeitschriften zu lesen weder Zeit noch Gelegenheit zu haben pflegt) nutzbar zu machen. Natürlich konnte diese Aufgabe, auch bei Arbeitsteilung, nur in mehreren Jahren bewältigt werden. Ob sie zur Verfügung standen, weiß ich nicht. Im ganzen glaube ich, daß die zivilrechtliche Kommentarliteratur die verantwortungsvolle Mittleraufgabe zwischen Wissenschaft und Praxis wesentlich erfolgreicher löst, als, von Frank abgesehen, die straf- und strafprozeßrechtliche. Auch der neue Olshausen ist nicht danach angetan, diesen Eindruck zu ändern, wenn auch das Vorwort von der Benutzung von Lehrbüchern und Kommentaren (Monographien?, wissenschaftliche Zeitschriften?) spricht.

Die Frage nach Wesen und Zweck der Strafe z. B. ist längst keine bloße Hörsaalfrage mehr. Denn: 1. Der § 27b und § 6 JGG. zwingen zur Stellungnahme. 2. Auch die Strafbemessung innerhalb unserer weit gespannten Strafrahmen ist nicht möglich ohne Besinnung auf jene Grundfrage (es sei denn, daß wir bei dem „guten“ alten Taxensystem bleiben wollen). 3. Was „Strafe“ und was Polizeimaßregel ist, ist nötig zu wissen wegen Idealkonkurrenz, wegen des Umfangs der Begnadigungswirkung und wegen der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung. Schon diese drei Gründe durften in einem solchen Werk, am besten vor § 13, grundsätzliche Worte erwarten lassen. Statt ihrer finden wir: 1. in Anm. 1 vor § 13: „Über das Wesen der Strafe siehe“: folgen sechs Autoren, an deren Stelle geradesogut sechs oder sechzig andere genannt werden konnten; aber kein eigenes Wort; 2. nach Anm. 4 Abs. 4 vor § 13 besteht der Strafzweck darin, den Täter einer Einbuße an Rechten zu unterwerfen; 3. nach Anm. 8 zu § 27b sind in dem Strafzweck vereinigt die Gedanken der Vergeltung, der Abschreckung Dritter und der Abhaltung des Bestraften von weiteren Straftaten; 4. zu § 6 JGG. wird ein unterstellter Fall entschieden in einem von dem Verf. selber nicht gebilligten, mit den vorhin zitierten Äußerungen aber auch gar nicht im Einklang stehenden Sinne, der dann dem Verf. Anlaß zu einer etwas rebellischen Absage an moderne Kriminalpolitik gibt: Ein solches Gesetz sei „nur erträglich, wenn der Richter aus seinem Pflichtbewußtsein das Gebot entnimmt, das im Gesetz nicht mehr zu finden ist“! Soll das etwa heißen: „Der Richter hat contra legem zu strafen, um die Schlappheit des Gesetzgebers auszugleichen“?! Sieht man ferner auf die Abgrenzung der „Strafe“ von den im StGB. geregelten Polizeimaßnahmen, so findet man wortlos Polizeiaufsicht, Überweisung an die Landespolizeibehörde, Eidesunfähigkeitserklärung als Polizeimaßregeln aufgeführt. Das mag richtig sein, aber das RG. ist anderer Meinung, ohne daß der Komm. es erwähnt; und wieso die neue Abgrenzung dem oben, freilich in nicht übereinstimmenden Fassungen gegebenen Strafbegriff entsprechen soll, fragt man sich vergebens. Daß endlich der Strafrichter für sein allerwichtigstes Amt: die Strafbemessung, keinerlei Anhalt bekommt, ist danach nicht verwunderlich. Für einen modernen Komm. aber ist eine solche Abstinenz schlechthin unmöglich! —

Nicht viel befriedigender ist die Fundamentierung der allgemeinen Verbrechensmerkmale. Sie gehört, wie im Lpz-Komm. und bei Frank, an den Beginn des Werkes.

Mit erfreulicher (von den Entw. 25 und 27 angenehm abstechender) Schärfe werden allerdings (vor § 51) objektive Rechtswidrigkeit und subjektives Verschulden auseinandergehalten, die logische Priorität der ersteren betont (vgl. auch die Anm. zu §§ 52—54) und die Dreiteilung der Rechtswidrigkeits-, der Schuld- und der bloßen Strafausschließungsgründe herausgestellt (Anm. 8). Sucht man nun aber, was Rechtswidrigkeit oder gar was Schuld ist, wie sich die Tatbestandsmäßigkeit zur Rechtswidrigkeit verhält, oder welche Rolle der Kausalzusammenhang spielt, so sind die Antworten, wenn überhaupt, nur mühsam zu finden, nicht befriedigend und von dem heutigen Stand der Wissenschaft wenig berührt.

Über Rechtswidrigkeit bringt Anm. 1 vor § 51 einige Sätze und Zitate: die Bindingsche Lehre, daß die Norm begrifflich dem Strafgesetz vorausgehe und daß sie eine Regel mit Ausnahmen sei (damit ist doch nur der Anfang der Schwierigkeiten bezeichnet!). Das Problem der „materiellen“ Rechtswidrigkeit wird durch Nichterwähnung erledigt. Es ist aber keine professorale Spielerei: die neue RGEntsch. z. B. über das ärztliche Recht zur Unterbrechung der Schwangerschaft greift auf dasselbe zurück (von älteren Entsch. etwa über § 300 ganz abgesehen); auch in dem viel erörterten Ebert-Fall spielte es die beherrschende Rolle (Anm. 2 zu § 89 entscheidet diesen Fall, was Beachtung verdient, dahin, daß nur der Vorsatz des Landesverrats fehlte, eine tatbestandmäßige rechtswidrige Handlung aber vorlag; von den hier angeführten Gewährsmännern aber stellen Frank und Graf Dohna die Tatbestandmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit in Abrede — ein Unterschied, der für die Entsch. des Ebert-Falles unmittelbar belanglos war, grundsätzlich aber doch von größter Bedeutung ist). Auch die Anm. 3 zu § 54 ist nur haltbar, wenn irgendein materieller Rechtswidrigkeitsbegriff zugrunde gelegt wird. Anderenfalls ist die dortige Zweiteilung Willkür. —

Die gewiß oft überschätzte, aber keineswegs gleichgültige Kausalitätsfrage wird an einigen Stellen angeschnitten, aber nirgends grundsätzlich gestellt oder beantwortet. Anm. 12 zu § 43 scheidet Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, Anm. 2 vor § 47 Beihilfe und Mittäterschaft nach „Bedingung“ und „Ursache“ (die Gewährsmänner sind merkwürdig ausgesucht: der eigentliche Urheber, Birkmeyer, fehlt; während ich selber meine Hergehörigkeit ebenso ablehnen muß, wie es wohl Graf Dohna tun würde). Aber was ist nun „Ursache“, was „Bedingung“? Eine Antwort finde ich nur in den auf die „Teilnahme“ zugeschnittenen Vorbemerkungen vor § 47. Danach wird die Äquivalenzlehre des RG. abgelehnt und derjenigen Lehre der Vorzug gegeben, „die der Betätigung menschlichen Willens die Anerkennung als Ursache nur zuteil werden läßt, wenn die Betätigung schon in der unabgeschlossenen Entwicklung die Richtung auf den Erfolg aufweist, wenn sie nach menschlicher Erfahrung allgemein geeignet ist usw.“. Das waren so etwa die Anfangsgedanken der Theorien von der adäquaten Verursachung, und es hätten vor allen Kries, Rümelin u. a. angeführt werden müssen, während Kohler und Wegner überhaupt nicht, Binding und Frank nur sehr von Ferne hierher gehören. Eine Begründung gibt Verf. nur durch Entsch. einiger Beispiele nach „gemeiner Auffassung“ (wozu dann überhaupt auf „Theorien“ eingehen?), Entscheidungen, über die man noch dazu streiten kann.

Völlig läßt denn auch solche nichtssagende Formel bei den Erfolgsqualifizierungen im Stich: Einen Zusammenhang zwischen ihr und den zu § 178 gegebenen Entscheidungen z. B. vermag ich nicht zu erkennen. —

Noch weniger klar wird die Stellung des Verf. zu dem Schuldproblem. Nach Vorbem. 2 vor § 51 ist „der Täter schuldig, weil er sich entschließt, zu handeln, obwohl er weiß oder hätte wissen sollen, was geschieht und was daraus folgt“. Alle Untersuchungen von Frank, Goldschmidt, Freudenthal usw. sind an derlei Vorgestrigkeiten spurlos vorübergegangen. Aber auch Entsch. wie die zum Überdruß erörterten in RGSt. 30, 25; 36, 78; 36, 334; 57, 172; 58, 27, die uns doch ein gutes Stück vorwärts gebracht haben, werden damit einfach ignoriert. Gerade umgekehrt liest man denn auch in Anm. 30 zu § 59: „Für schuldig ist der Täter zu erachten, wenn seine Handlung eine Mißachtung der Gebote oder Verbote offenbart, die das Recht aufstellt“; und in Anm. 17: „Beim Vorsatz besteht die Schuld in der gewollten, bei der Fahrlässigkeit in der ungewollten, aber durch pflichtwidrige Unaufmerksamkeit herbeigeführten Verletzung der Rechtsordnung.“ Die erste Definition ist geradezu der polare Gegensatz zu den anderen beiden. Welche soll nun gelten? Und wie verträgt sich mit der ersten, aber auch mit der zweiten oder dritten Definition, daß der Verf. (an sich zutreffend) in den §§ 52 und 54 Gründe sieht, die

die „Schuld“ ausschließen? Daß der Täter hier „weiß, was geschieht und was daraus folgt“, ist doch unleugbar. Daß die neuere Lehre die „Schuld“ vielfach auf die Idee der „Zumutbarkeit“ aufbaut, durfte m. E. um so weniger unerwähnt bleiben, als gerade auch die neuesten Entwürfe sie akzeptiert haben, und die Einreihung der §§ 52, 54 in Schulderwägungen nur von hier aus zu verstehen und zu rechtfertigen ist.

Eine eigenartige Stellung hatte der Olshausensche Komm. von jeher zu der Frage des Rechtsirrtums eingenommen. Auch hier ist nicht zu erkennen, daß Jahrzehnte seit Olshausens erster Fassung verstrichen sind. Nach wie vor wird von § 59 gelehrt, er „wolle“ nur den Tat-, nicht auch den Rechtsirrtum behandeln; aber ein „seit langem hergebrachter Sprachgebrauch“ (?) rechne auch den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum zum Tatirrtum, und „so rechtfertigt sich die Annahme der GM., es sei § 59 von dieser Art des Irrtums gleichfalls zu verstehen“. So war bereits früher zu lesen; und es folgt dann der (erweiterte) Katalog von Entsch., in denen das RG. sich bemüht, die Unterscheidung durchzuführen (Anm. 1 u. 2). Eine Stellungnahme zu dieser Lehre fehlte im alten Olshausen; der jetzige Herausgeber versucht, sie zu verteidigen: es komme darauf an, „ob die Begriffe anderen Rechtsgebieten unverändert entnommen sind, oder ob das Strafgesetz die Begriffe seiner eigenen Regelung unterwirft“. Daß damit das Problem aber nur gestellt, nicht gelöst ist, dürfte oft genug dargelegt sein. Gewiß ist der Begriff „fremd“ in § 242 dem BürgR. entnommen, während die Begriffe „Pflegeeltern“, „Vermögen“ usw. selbständig gewählt sind. Wieso aber die Begriffe „Beamter“, „Soldat“ und die unzähligen anderen, bei denen ein Irrtum nach dem RG. irrelevant sein soll, vom StGB. „selbständig festgelegt“ sein sollen, wieso ein Irrtum über den Umfang von Erziehungs- oder Züchtigungsrechten (RGSt. 43, 277), über die Verbindlichkeit eines Befehls (RGSt. 54, 161), über das Streikrecht von Beamten (RGSt. 56, 412), über den Umfang des Rechts freier Meinungsäußerung (RGSt. 56, 380) oder ein Irrtum über die Voraussetzungen eines formgerechten Testaments (RGSt. 57, 235) — um nur neueste Entsch. zu nennen, zu denen das unverständliche Urt. betr. Blutschande in JW. 1927, 1209 noch hinzugefügt sei —, wieso solche Irrtümer strafrechtliche und somit irrelevant seien, bleibt so rätselhaft, wie es war. Freilich fährt der Herausgeber fort: „Die Rechtslehre wendet sich nahezu einmütig gegen die Rspr. des RG. Sie bezeichnet diese als willkürlich, widerspruchsvoll und unsicher usw.“ Von einem führenden Komm. muß man aber erwarten, daß er sich nicht mit der Registrierung einer nahezu einmütigen Gegenmeinung begnügt, sondern sie zu widerlegen sucht. Das größte Rätsel gibt dann aber die Anm. 30 auf: Nachdem die Judikatur des RG. nicht nur dargelegt, sondern gebilligt ist, fährt Anm. 30 in dem alten Olshausenschen Text fort: Die Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums sei willkürlich; es sei vielmehr für jede vorsätzliche Handlung das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit zu fordern. Kann man angesichts so katastrophaler Widersprüche in einer zentralen Frage noch leugnen, daß es unumgänglich ist, zu den Grundfragen des Strafrechts (hier dem Begriff der Schuld) von vornherein feste Stellung zu nehmen?

In einer anderen wichtigen Schuldfrage steht es nicht besser: beim dolus eventualis. Anm. 6 zu § 59 glaubt, zwischen der sog. Frankschen Formel und dem RG. einen Widerspruch feststellen zu können, der m. E. gar nicht besteht, läßt die tiefgehenden Beratungen des DJT. ganz unbeachtet und kommt schließlich zu einer Überspannung des dolus eventualis, der an dessen schlimmste Zeiten und an die allgemein zugegebene Entgleisung des VEntw. 1909 erinnert: Nach langen, lehrbuchartigen, aber nur die psychologische Glaubwürdigkeit gewisser Ausreden betreffenden Erörterungen eines unterstellten Falles wird eine Verurteilung aus § 176, 3 gerechtfertigt, falls das Kind tatsächlich noch nicht 14 Jahre alt war, der Täter aber „entweder das Alter oder (!) den unreifen Zustand, wie ein solcher regelmäßig vor Vollendung jenes Lebensjahres nicht überwunden wird (?), gekannt hat“. Mir scheint, daß dem eine eklatante Verwechslung zugrunde liegt zwischen dem, was tatsächlich festgestellt werden muß (nämlich der Vorstellung des Täters, das Kind könne vielleicht unter 14 Jahren alt sein, und dem bewußten Inkaufnehmen solcher Eventualität, vgl. z. B. RGSt. 59, 2), und der Frage, wann der Richter eine solche Feststellung treffen kann; eine Vermengung also der strafrechtlichen Frage nach dem Inhalt eines dolus eventualis mit der strafprozessualen Frage der freien Beweiswürdigung. Derartige Entsch. sind es, die den in der Tat wohl schwer entbehrlichen Begriff des Eventualvorsatzes und damit unsere strafrichterliche Praxis diskreditieren. Ein unerfreuliches Echo konnte man in den Verhandlungen der Schweizer Expertenkommission hören. Das RG. ist hier schon lange auf dem rechten Wege. Möge es nicht wieder von ihm abgedrängt werden!

Aus der Notstandsmaterie sei hervorgehoben, daß der Herausgeber noch bestimmter, als in früheren Auflagen, hervorhebt, daß § 54 kein „Recht“ gewährt, nur die Schuld ausschließt. Das ist erfreulich. Nicht aber kann dem beigetreten werden, daß ein „Recht“ dann gegeben sei, wenn der Täter ein höherwertiges Gut retten wolle. Dies ist natürlich richtig, falls alle Voraussetzungen der §§ 228, 904 BGB. vorliegen. Darüber hinaus aber (z. B. wenn der Täter zur Vermeidung einer schweren eine leichte Körperverletzung zufügt) besteht nur der „Schuld“-Ausschließungsgrund des § 54 und somit auch ein Recht zur Gegennotwehr. Es sei denn, daß man den Gedanken der „materiellen Rechtswidrigkeit“ grundsätzlich anerkennt — wovon aber in dem Komm., wie oben gesagt, nichts zu lesen ist. Ein großer Teil der von dem Herausgeber angeführten Gewährsmänner (z. B. ich selber) hat jene Zweiteilung zwar de lege ferenda empfohlen, nicht aber de lege lata vertreten. —

Es fehlt der Raum, auf anderes gleich ausführlich einzugehen. Gegen die Behandlung der Teilnahme ließ sich z. B. mancherlei sagen. Es mag ferner erwähnt werden, daß der Komm. erfreulicherweise (gegen das RG.) einen objektiven Versuchsstandpunkt einnimmt (freilich wieder weniger grundsätzlich, als in Beispielen), wobei er der Theorie vom „Mangel im Tatbestand“, wenn er auch den Ausdruck „unbefriedigend“ nennt, sachlich auf halbem Wege entgegenkommt. Aus dem „Besonderen Teil“ sei darauf hingewiesen, daß zum Vorsatz aus § 113 das Bewußtsein des Täters von der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung gefordert wird, und daß studentische Schläger unter Anwendung der üblichen Schutzmaßregeln nicht als tödliche Waffen angesehen werden (beides m. E. mit Recht gegen das RG.). Die §§ 128, 129 werden für vereinbar mit der RVerf. gehalten, was ich für § 128 ganz, für § 129 je nach dem von dem Verein verfolgten Zweck auf das bestimmteste bestreite.

Alles in allem ist es selbstverständlich, daß wir als Ergebnis mühevollster Arbeit ein Werk vor uns haben, das auch neben den vorzüglichen beiden Komm., die die letzten Jahre beherrscht haben, die Orientierung über die Rspr. und, zum Teil wenigstens, über das Schrifttum erleichtern und dem Strafrechtler unentbehrlich sein wird. Der alte, vielen von uns noch vertraute Olshausen ist uns wieder geschenkt! Dafür gebührt den Herausgebern der Dank der Benutzer auf alle Fälle. Daß es im wesentlichen der alte Olshausen ist, bleibt schade.

Prof. Dr. Kohlrausch, Berlin.

2. Band. 1378 S. Preis geh. 62 M, geb. (Halbfranz) 68 M.

Eine ausführliche Besprechung dieses Bandes erscheint in Kürze.

Dr. **Reinhard Frank**, Professor der Rechte in München: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** 17. neubearbeitete Auflage. Tübingen 1926. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis 21 M, Ganzleinen 24 M.

Zehn Jahre hindurch war die Aufeinanderfolge der Neuauflagen dieses allen Juristen, namentlich aber den akademischen Lehrern und Schülern längst unentbehrlich gewordenen Kommentars durch die Hemmnisse der Kriegs- und Nachkriegszeit unterbrochen worden. Endlich konnte i. J. 1924, mit Überwindung außerordentlicher sachlicher und technischer Schwierigkeiten, die 15. Aufl. herausgebracht werden. Schon wenige Monate später war diese, und im Herbst 1926 die folgende Auflage, jede in Höhe von 4000 Stück, ausverkauft. Jetzt liegt, in 6000 Exemplaren, die 17. Aufl. vor. Diese Ziffern beweisen, welche Verbreitung das Buch gefunden und welcher Beliebtheit es sich erfreut. Es gehört zu den wenigen rechtswissenschaftlichen Werken, die auch von den Studierenden nicht nur benutzt, sondern studiert und sogar gekauft werden. Der starke Absatz und die Unermüdlichkeit des Verf. bei der Verwertung und Verarbeitung aller Fortschritte der Erkenntnis in Literatur und Judikatur wirken zusammen, das Buch dauernd „up to date“ zu halten. So kann es nicht die Aufgabe dieser Anzeige sein, seine Vorzüge anzupreisen. Noch weniger dürfte es am Platze sein, in eine Kontroverse über die vom Verf. vorgetragenen Ansichten einzutreten, wofür der Rahmen einer bloßen Besprechung den nötigen Raum nicht bieten kann. Statt dessen sei es mir gestattet, nachzuprüfen, ob nicht die technische Methode der Stoffbehandlung doch noch gewisse Verbesserungen vertragen möchte. Nicht Nörgelsucht ist es, die mich zu dieser Untersuchung drängt, sondern der Wunsch, einer Sache zu dienen, welche jeder Rechtslehrer auch als seine Sache aufzufassen sich legitimiert fühlt.

Ein Mangel freilich ist restlos nicht behebbar, weil er mit der Bindung an den Gesetzestext und dessen trostlose Systematik unlöslich verflochten ist. Das ist die Obdachlosigkeit aller Erörterungen über die eigentlichen Kernfragen der Verbrechenslehre. Nur aus größter Verlegenheit kann der Gedanke entsprungen sein, die Kausallehre in die Ausführungen zu § 1 zu verweisen, der uns jene ganz äußerliche und schematische Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen darbietet. Die Lehre von der Rechtswidrigkeit findet im Eingang zu den einleitenden Bestimmungen ihren Ansatz und im Eingang zum vierten Abschnitt ihre weitere Ausführung. Die prinzipielle Auseinandersetzung über den Schuldbegriff ist von der Behandlung der Schuldformen losgerissen, jene in den Eingang zum vierten Abschnitt, diese in die Noten zu § 59 verwiesen. Der Begriff des Tatbestandes wird gleich

zu Anfang, der Begriff der Tatumstände erst im Zusammenhang mit der Vorsatzlehre abgehandelt. Die heillose Anordnung der Gesetzesstellen über den Nötigungsstand, die Notwehr und den Notstand wirkt sich dahin aus, daß man die Exegese der wichtigsten Merkmale des fundamental bedeutsamen § 54 in den Noten zu dem praktisch völlig belanglosen § 52 aufsuchen muß. Die Klarstellung des grundlegenden Gegensatzes von Einheit und Mehrheit der Handlung wird beeinträchtigt durch die Verteilung der bezüglichen Ausführungen unter die Noten zu den §§ 73 und 74, welche jenen Gegensatz nicht etwa schaffen, sondern voraussetzen.

Lobe hat sich im Leipz. Komm. dem Zwange der Legalordnung dadurch entzogen, daß er alle diese prinzipiellen Ausführungen in seine „Einleitung" verwiesen hat. Das bedeutet nun freilich eine Preisgabe der Kommentarform. Vielleicht aber ließe sich auch in weniger radikaler Weise dem von Frank schon immer sorgsam gepflegten Bedürfnis nach systematischer Zusammenfassung Rechnung tragen.

Die zweite Beobachtung geht dahin, daß die von Frank mit äußerster Gewissenhaftigkeit betriebene Registrierung der in der Literatur vertretenen Lehrmeinungen sich des öfteren stärker hervordrängt, als der Darlegung der eigenen Auffassung dienlich ist. Immer wieder wird der Ablauf der Gedankenkette durch literarische Verweise und Auseinandersetzungen unterbrochen. Gelegentlich rücken sie gar an die Spitze der Erörterungen. So in der Lehre von der Schuld: „Über ihren Begriff herrscht Streit. Binding versteht unter Schuld ... v. Liszt bestimmt die Schuld ... Ebenso ... Dagegen ..." Dann erst folgt die eigene Konstruktion. So auch bei Behandlung der Urkundenfälschung: „Der Begriff der Urkunde ist sehr bestritten." Die vortreffliche Herausarbeitung ihrer Wesensmerkmale ist dann das Ergebnis mühsamster Auseinandersetzungen mit richtigen und falschen Aufstellungen anderer Autoren. Diese Methode hat unzweifelhaft ihre Vorzüge. Man verfolgt gewissermaßen die Spuren, auf denen sich die eigene Ansicht durch ein Gestrüpp von verwandten oder entgegengesetzten Auffassungen hindurchringt. Indessen wird dadurch die Aufnahme des Gebotenen erschwert, und es leidet vor allem die Ästhetik der Darstellung.

Dieser Eindruck wird verstärkt durch eine technische Äußerlichkeit. Die Verweise heben sich von dem Texte nicht mit genügender Deutlichkeit ab, um es dem Leser zu ermöglichen, rasch über sie hinwegzugleiten. Hier könnte mit fettgedruckten Klammern oder durch Verwendung der Kursivschrift leicht nachgeholfen werden. Wertvoll wäre namentlich eine augenfällige Kenntlichmachung der so häufig verwendeten Formel „A. A.", welche doch die Scheidung in zwei Lager vorzunehmen berufen ist. Endlich wäre zu erwägen, ob es sich nicht empfehlen würde, Schriften, auf die im folgenden mehrfach Bezug genommen wird, am Kopf der Noten nach ihrem vollen Titel zu zitieren und im Text darauf zu verweisen, anstatt daß jetzt entweder der ganze Titel wiederholt oder der Leser durch ein „a. a. O." gezwungen wird, diesen unter Umständen recht verborgenen Ort aufzusuchen. — Es vergeht wohl kaum ein Tag, an dem unsereiner nicht den „Frank" zur Hand nimmt. Da durfte auch einmal von Dingen die Rede sein, welche die Handhabung des Buches erleichtern. Sein innerer Wert ist gerichtskundig.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches. Berlin, Liebmann, zuletzt 1911 bis 1913 erschienen, wird nunmehr in fünfter Auflage lieferungsweise herausgebracht.

Neben Ebermayer, den einzigen überlebenden von den Bearbeitern der 4. Aufl. (abgesehen von dem Ergänzungsband), sind diesmal Conrad, Feisenberger und Schneidewin getreten, so daß nunmehr auch dieses Werk einen Reichsgerichtskommentar darstellt. Der Stoff ist zeitgemäß verändert durch Ausscheidung aufgehobener und Aufnahme neuerer Gesetze und Verordnungen. Mit dem Wegfall der RVO. wird man sich abfinden. Das Fehlen der Zoll- und Steuergesetzgebung ist bedauerlich, aber begreiflich. Dieses weite und noch recht wüste Gebiet erfordert in der Tat eine selbständige Bearbeitung, die in einem besonderen, in sich abgeschlossenen Werke entstehen zu lassen der Verlag erfreulicherweise in Aussicht stellt. Der „Neben-Stenglein", wie das Buch wohl zu nennen wäre, enthält in der neuen Auflage 133 Gesetze und Verordnungen, das ist trotz der Weglassung eine größere Anzahl als selbst die 4. Aufl. Gerade wegen dieses Stoffreichtums ist es ein Gemeinplatz, wenn man das Werk als unentbehrlich bezeichnet.

Die großen Gesetze, beispielsweise GewO., KO., auch das PreßG., mögen in erläuterten Ausgaben in jeder leidlich guten Gerichts- oder Anwaltsbibliothek vorhanden sein. Die erdrückende Menge kleinerer und selten gebrauchter Gesetze sucht „im Bedarfsfalle" der Praktiker im RGBl., das ihm nur den bisweilen unerwünscht rätselhaften Wortlaut bietet. Der „Neben-Stenglein" wird dem Frager kaum jemals die Antwort schuldig bleiben. Und wie trefflich sie formuliert ist, lehrt jeder Blick in die bisher erschienenen vier Lieferungen. Abgeschlossen ist die wiederum von Ebermayer geschriebene erste Abteilung, die Gesetze zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums enthaltend. Die Vorzüge dieser knapp gefaßten Kommentare und ihr starker Einfluß auf die Strafpraxis sind bekannt. Die Ungenauigkeit und Bescheidenheit des Gesamttitels macht sich schon beim PatG. bemerkbar. Es ist nicht aufgefaßt als ein strafrechtliches Nebengesetz, wie es etwa die PreisTrVO. unrühmlichen Andenkens war, sondern als die Kodifikation des Erfinderrechts, die zwar auch strafrechtliche Bestimmungen enthält, aber doch unabhängig von ihnen zunächst hinsichtlich der ihr innewohnenden Grundbegriffe untersucht und erläutert werden muß. In der gleichen Weise haben die anderen Verf. gearbeitet. Unter die von Schneidewin erläuterten Gesetze, betr. die Verkehrsanstalten, ist die FunkVerkVO. aufgenommen, deren Bedeutung für die Strafpraxis stetig wächst. Noch mehr wichtigstes Neuzeitrecht wird unter den von Conrad bearbeiteten „Polizeigesetzen" zu finden sein, z. B. das (zum Teil schon erschienene) Lichtspielgesetz, das Kraftfahrzeug- und das Luftverkehrsgesetz. Die von Feisenberger behandelte Gesetzgebung über das Geld- und Kreditwesen zeigt den beträchtlichen Materialzuwachs, den auch diese Abteilung seit der Lindenbergschen Bearbeitung erlangt hat. Zweifel müßten entstehen, ob und wie der für das Gesamtwerk angekündigte Stoff in nur zwei Bände zusammengedrängt werden soll, wenn nicht die bisher von allen vier Verf. abgelegten Proben in erstaunlichem Maße die Kunst erkennen ließen, in wenig Worten viel und Ausgezeichnetes zu sagen. So wird die Juristenwelt, keineswegs nur die Kriminalistenzunft, mit aufrichtiger Freude den neuerstandenen „Neben-Stenglein" willkommen heißen und den hervorragenden Praktikern aufrichtig danken, die ihn mit dem Gehalt der neuen Zeit, ihrer Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis erfüllt haben.

JR. Dr. M. Drucker, Leipzig.

---

b) Abhandlungen.

Dr. **Hans Tarnowski**, Rechtsanwalt am Kammergericht: **Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffes.** Berlin und Leipzig 1927. Walter de Gruyter & Co. (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin). Preis 18 ℳ.

Daß ein Berliner Anwalt Zeit und Kraft findet, so wissenschaftlich genau auf die theoretischen Grundlagen des Strafrechts einzugehen, mag als ein sehr erfreuliches Zeichen dafür genommen werden, daß die vornehme Menschenart des gelehrten Praktikers noch lebt. Vielleicht durfte sich auch nur ein Praktiker daran wagen, noch einmal (nach so vielen Attacken) eine Arbeitsformel anzugreifen, die seit Jahrzehnten die Praxis beherrscht, ohne daß die Praxis ihrer überdrüssig geworden ist: die vom RG. in ständiger Rspr. vertretene Bedingungstheorie. Es ist auch sonst gut, daß kein Professor dieses Buch geschrieben hat: denn er bekäme sicher zu hören, daß man in einer praktischen Wissenschaft nicht zu sehr Logizist und beileibe kein Scholastiker sein dürfe.

Hat die Praxis vielleicht an der so heftig angefochtenen Bedingungstheorie festgehalten, weil der Streit in der Wissenschaft mehr um theoretische Sauberkeit als um praktisch Bedeutsames geht? Ich glaube diese Frage bejahen zu sollen. Denn wir sind alle der Meinung, daß das Verhalten des Täters dem Erfolge seiner Tat irgendwie adäquat sein müsse. Es gibt in diesem Sinne keine Strafrechtslehre ohne den Begriff der Adäquanz. Nur ist eben dieser Begriff verschieden einsystematisiert. Bei von Liszt, Beling, M. E. Mayer, Radbruch findet er sich in der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Schuld oder Tatbestandsmäßigkeit. Demgegenüber behauptet Tarnowski, daß die Adäquanz nicht ein Bestandteil dieser Gebiete normativer Verbrechensbetrachtung sein könne, sondern vielmehr als Voraussetzung jeder normativen Betrachtung erkannt werden müsse und deshalb unmittelbar an den Anfang des strafrechtlichen Systems gehöre (S. 339 These 5). Das ist eine neue, dankenswert scharfe Formulierung für den alten Streitstand. Und für den Andersdenkenden ein guter Anknüpfungspunkt zur Kritik an der Lehre von der adäquaten Verursachung.

Wird nicht (so muß der Gegner dieser Theorie fragen) der Kreis für die als Täter in Betracht kommenden Personen zu eng gezogen, wenn wir die Adäquanz gleich an den Anfang unserer Prüfung stellen, ob ein Delikt vorliegt? Ist es demgegenüber nicht eine praktische technische Methode, wenn zunächst der weitgezogene Kreis all derer ins Auge gefaßt wird, die eine conditio sine qua non gesetzt haben? Durch drei Korrektive wird dieser natürlich viel zu weit gezogene Kreis wieder verengt, wird aus der großen Zahl der möglichen Täter der wirkliche Täter ausgeschieden: Rechtswidrigkeit, Schuld und Tatbestandsmäßigkeit sind diese Korrektive. Indem die Lehre von der Tatbestandsmäßigkeit den Be-

griff der „Ausführungshandlung" aufstellt, wirft sie, besonders bei der Schuldabstufung zwischen mehreren Teilnehmern, die Frage nach der adäquaten Verbindung von Handlung und Erfolg auf. Aber eben als Schuldfrage. (In einer m. E. schiefen Polemik wirft Tarnowski (S. 74) Beling vor, daß er mit dieser Tatbestandstheorie eine neue Verursachungslehre geschaffen habe, ohne es zuzugeben oder selbst auch nur zu merken. Es soll aber weder mit der Bedingungstheorie noch mit dem Begriff der Ausführungshandlung eine Verursachungs- oder Schuldlehre geschaffen werden, sondern lediglich eine technische Methode zur Lösung von Strafrechtsfällen; es sind strafrechtliche Arbeitshypothesen, Indizien für die rechtswidrig schuldhafte Täterschaft. Die nähere Ausführung dieses Gedankens findet sich in meinen Arbeiten: „Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht" 1925, besonders S. 58 f. und „Teilnahme" in Aschrott-Kohlrausch, Reform 1926 S. 106 f.).

Tarnowskis Arbeit will das Hauptargument gegen die adäquate Theorie widerlegen: den Vorwurf, daß diese Verursachungslehre Kausalitätsfragen mit Schuldfragen vermenge; daß sie „einen Posten doppelt buche" (Radbruch), indem sie bei der Verursachung bereits die Adäquanz berücksichtigt, die bei der Schuldfeststellung mit Notwendigkeit wiederkehrt. Tarnowski glaubt nachweisen zu können, daß auch die Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang Verursachungsfrage und Schuldfrage reinlich scheide: Bei der Verursachungsfrage trete die Adäquanz als ein logisches Urteil über die Verknüpfung von Handlung und Erfolg auf. Bei der Schuldfrage dagegen handelt es sich um „die entweder tatsächlich erfolgte (Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit) oder doch nach der individuellen Veranlagung des Täters mögliche (unbewußte Fahrlässigkeit) psychologische Realisierung eines logischen Adäquanzurteils über das Verhältnis von Handlung und Erfolg" (S. 331).

Ob sich das logische Urt. von der psychologischen Realisierung bei der unbewußten Fahrlässigkeit deutlich scheiden läßt, bleibt mir auch nach Tarnowskis Ausführungen noch sehr zweifelhaft. Was ich (in dem Lotterbette der Bedingungstheorie — wie es ein geistreicher Kriminalist einmal nannte — sündhaft verharrend) dem Angriff des Verfassers auf die herrschende Meinung entgegensetzen möchte, ist, in Kürze, dieses: Es ist ein Irrtum anzunehmen, daß der Vorsatz genau die Widerspiegelung des objektiv festgestellten Kausalzusammenhanges sein müsse. Es ist kein Widerspruch, wenn sich die Bedingungstheoretiker mit der Feststellung einer conditio sine qua non in objektiver Hinsicht begnügen, zum subjektiven Tatbestande, zum Vorsatz aber eine Vorstellung von Kausalverlauf verlangen, die über das Bewußtsein, eine notwendige Bedingung gesetzt zu haben, hinausgeht. Wohl ist gewöhnlich (nicht immer, z. B. nicht bei den Absichtsdelikten) der subjektive Tatbestand die seelische Projektion des objektiven. Aber die Feststellung, daß eine nicht wegzudenkende Bedingung vorliegt, ist ja gar nicht der ganze objektive Tatbestand, sondern nur ein Element desselben. Der objektive Tatbestand ist ein typisches Geschehen, das in jedem Paragraphen des besonderen Teils ein anderes ist. Der juristische Kausalitätsbegriff dagegen ist ein Element des allgemeinen Deliktsbegriffs. Aber nicht auf diesen hat sich der subjektive Tatbestand zu beziehen, sondern auf die Ausführung eines bestimmten, vom Gesetz näher umschriebenen typischen Tat. Fragt man nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, so hat man bekanntlich niemals von den vier Allgemeinbegriffen: Kausalität, Rechtswidrigkeit, Schuld, Strafdrohung auszugehen, sondern die Tatbestandstechnik anzuwenden, die das Gesetz vorschreibt. Es wäre Tarnowski (S. 74) zuzugeben, daß diese Tatbestandstechnik praktisch doch zur Theorie der adäquaten Verursachung führt, wenn sie stets die Frage nach der Ausführungshandlung, d. h. der typischen Tat, aufwürfe. Das tut sie aber nicht. Im Normalfall der Alleintäterschaft spielt der Begriff der Ausführungshandlung im objektiven Tatbestand keine Rolle, sondern es genügt die Feststellung, daß eine conditio sine qua non gesetzt worden ist. Nur bei den Strafausdehnungsgründen Versuch und Teilnahme wird die Frage nach der Ausführungshandlung praktisch, als Indiz für die besondere Gefährlichkeit des Willens.

Tarnowskis Buch ist von dem Bestreben beherrscht, Schuld- und Unrechtslehre von der Adäquanz zu reinigen, weil diese nicht Bestandteil, sondern Voraussetzung jeder normativen Betrachtung sei und somit logisch an den Anfang, also vor Rechtswidrigkeit und Schuld gehöre. Mich hat seine Argumentation nicht überzeugt. Wohl aber wird das Werk bei jedem Leser den Eindruck hervorrufen, daß hier die höchst energische und konsequente Durchführung einer Theorie vorliegt. Der Verfasser beweist bei dieser Gelegenheit seine umfassende strafrechtsdogmatische Bildung und Belesenheit. Er hat nicht nur eine Monographie über den Begriff der adäquaten Kausalität, sondern sehr eingehende, wertvolle Ausführungen über Rechtswidrigkeit, Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit geliefert. Trotz der für mein Gefühl nicht gerade plastischen Darstellungsweise ist die Arbeit eine dogmatische Leistung von hohem Rang. Ob gerade unsere Zeit, die, auf einem Gipfelpunkte der Scholastik angelangt, nach blutvollerer Gestaltung ruft, solchen Dogmatismus und so rein von dem Streben nach systematischer Säuberung erfülle, umfangreiche Untersuchungen gebrauchen kann, ist eine andere Frage.

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

Dr. H. H. Thode: Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen. Breslau 1926. Schletter'sche Buchhandlung. 80 S. Preis 2,40 ℳ.

Der bevorstehende Erlaß eines neuen Strafgesetzbuchs, gemeinsam für das Deutsche Reich und Österreich, hat einer großen Anzahl jüngerer Juristen willkommene Veranlassung gegeben, die einzelnen strafrechtlichen Lehren, Begriffe und Delikte an der Hand der Ergebnisse der neueren Theorien einer eingehenden Prüfung und Untersuchung zu unterziehen und dadurch zugleich zu einer Kritik des neuesten Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 zu gelangen. Über 200 derartige strafrechtliche Abhandlungen sind in dem obigen Verlag durch den Altmeister der Strafrechtswissenschaft, v. Lilienthal, Heidelberg, gesammelt und so einer größeren Öffentlichkeit unterbreitet worden. Als 210. Heft der Sammlung erschien diese Abhandlung von Thode, die sich mit dem wichtigen Tatbestand der Unterschlagung befaßt und daraus den Sondertatbestand der Unterschlagung vertretbarer Sachen und seine Behandlung in den verschiedenen deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesetzen und Gesetzentwürfen kritisch beleuchtet. Die Arbeit kann als eine außerordentlich gründliche und verdienstvolle bezeichnet werden. Selbst wenn man der Kritik des Verfassers und seinen Vorschlägen zur Verbesserung des deutschen Gesetzentwurfs nicht völlig zustimmt, muß man doch zugeben, daß die Abhandlung höchst wertvolles und wissenschaftlich gut durchgearbeitetes Material enthält und deshalb auch für den Gesetzgeber sehr beachtlich ist. Die vorhandene Literatur zum geltenden Recht und zu den Versuchen zu dessen Reform ist wohl lückenlos und mit vollem Verständnis verarbeitet. Verfasser geht aus vom Begriff der vertretbaren Sache im BGB. und speziell im Sachenrecht des BGB. und sucht an der Hand der Tatsache, daß die Unterschlagung im § 246 StGB. als reines Eigentumsdelikt ausgebildet ist, also nur an fremden Sachen möglich ist, und dem Umstand, daß veruntreute vertretbare Sachen häufig keine fremden Sachen sind, weil sie nach dem BGB. Eigentum des Veruntreuenden geworden sind, die Lücken aufzuweisen, welche das geltende Recht hat, indem es einmal Tatbestände nicht erfaßt, die wirtschaftlich doch als strafbare Unterschlagungen sich darstellen, andererseits auch Fälle straft, die es an sich nicht verdienen. Dann geht er dazu über, zu fragen, ob etwa die Vorschriften des StGB. über Untreue diese Lücken zu beseitigen vermögen, oder ob sie etwa in den neueren Entwürfen eines StGB. oder dem neuen schweizerischen Strafgesetzbuch wenigstens in einer allseits befriedigenden Weise beseitigt sind. Indem er beides verneint, macht Verfasser einen neuen eigenen Vorschlag, der aber m. E. auch wieder anfechtbar ist. Auf die Einzelheiten der kritischen Untersuchung von Thode kann hier nicht eingegangen werden. Dem Ergebnisse seiner Kritik soll hier nur ganz allgemein entgegengehalten werden, daß viele bürgerlich-rechtlichen Begriffe, z. B. der Sache, der vertretbaren und verbrauchteren Sachen, der Wirkung der Vermischung auf den Übergang des Eigentums, des Geldes, des Eigentums und Besitzes usw., nicht stets unbedingt auch auf den Wortlaut strafgesetzlicher Bestimmungen übertragen werden müssen. Das hätte sonst die unerwünschte und nicht anzuerkennende Folge, daß eine Änderung dieser Begriffe und ihrer Rechtsfolgen im bürgerlichen Recht stets auch ohne weiteres eine entsprechende Änderung der sie verwendenden Strafgesetzgebung zur Folge hätte. Zuzugeben ist, daß die deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung des Strafrechts sich nicht stets ihrer Selbständigkeit in dieser Beziehung voll bewußt ist. Welches Aufsehen erregte es seinerzeit, als das Reichsgericht die Entwendung elektrischen Stromes nicht als Diebstahl oder Unterschlagung bestrafte, weil der elektrische Strom keine fremde „Sache" i. S. des BGB. sei, so daß ein Sondergesetz erforderlich wurde, um auch diesen neuen strafrechtlichen Tatbestand zu erfassen, während die ausländische Rechtsprechung, z. B. des französischen Kassationshofes, sich ohne jedes Bedenken über diese Unterscheidung hinwegsetzte und auch Elektrizität als „Sache i. S. des Strafrechts" erklärte! So wird man es auch mit dem Begriff der „fremden" Sache bei der Unterschlagung von vertretbaren Sachen halten dürfen, so mit dem Begriff des „Bevollmächtigten" im § 266 StGB., der, wie auch das RG. anerkennt (Entsch. 15, 42) nicht notwendig auf durch Rechtsgeschäft Vertretungsberechtigte begrenzt werden muß, so mit dem Begriff „Verfügen" ebendaselbst usw. Bei vernünftiger, freier Auslegung des Wortlautes des neuen und des geltenden Strafgesetzbuchs nach dem Zweck, den der Gesetzgeber bei ihrem Erlaß im Auge hatte, werden sich dann vielleicht manche Lücken und falsche Ausdrucks-

weisen entweder gar nicht zeigen oder geschlossen werden, welche Thode jetzt dem geltenden Rechte und den verschiedenen Entwürfen zu seiner Reformierung vorhält. Allein diese Bemerkung beeinträchtigt den Wert der Abhandlung nicht, der hauptsächlich in der wissenschaftlichen Gründlichkeit gefunden wird, mit welcher der Verfasser zu Werke geht.

Geh. JR. Diefenbach, Heidelberg.

Hermann Weck: Brandstiftung und Versicherungsbetrug. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Beiheft der „Versicherung und Geldwirtschaft", Zeitschrift f. d. gesamte Versicherungs- und Geldwesen. Berlin 1926. 142 S.

Die Abhandlung ist durch ein Preisausschreiben der schleswig-holsteinischen Landesbrandkasse beeinflußt, welche eine „rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Darstellung" der Bestrafung von Brandstiftung und Brandversicherungsbetrug sowie einen Ausblick auf die Berücksichtigung dieser Straftaten bei der kommenden Strafrechtsreform wünschte. Verlangt war eine „wissenschaftliche und gemeinverständliche" Ausarbeitung, welche die „jeweils geltenden Tendenzen für die Bestrafung des Brandstifters und Versicherungsbetrügers aufweist sowie auf die Arbeitsweise des Brandstifters und seines Verfolgers eingeht". Ausführlich wird zu rechtfertigen gesucht, daß die Anmerkungen in den Text mit Klammern in den Text eingefügt werden, nicht als Fußnoten usw. gesetzt werden (S. 2). Es folgen Einteilungen über die Brandursachen und über die Kampfmittel gegen Brandschäden. Ohne Überleitung wird nach den Einteilungen „der Brandstifter" behandelt. Der Verf. unterscheidet 6 Gruppen von Brandstiftern: „Kinder", „Geisteskranke", „Haß und Rache" (!), „Mordbrenner", „Brandversicherungsbetrüger", „andere Brandstifter" (!). Die gestellte Aufgabe, auf die Arbeitsweise des Brandstifters und seines Verfolgers einzugehen, wird in diesem Abschnitt recht eigenartig gelöst. Dem Aufgabensteller wird nämlich die Belehrung erteilt, es sei aus bestimmten Gründen gut, nicht darauf einzugehen (S. 17). Die z. T. auch stilistisch bemerkenswerten Ausführungen lauten: „Wir sehen die Technik und ihre Erfindungen immer nur von ihrer Lichtseite (? Ref.) — so wie wir den Mond immer nur von einer Seite sehen. Ihre Nachtseite, ihre unterirdische Wissenschaft, den dauernden Kampf zwischen der Technik der Wirtschaft und der des Verbrechens — davon dringt wenig in die Öffentlichkeit. Und das ist auch gut so! Ich sehe deshalb auch davon ab, die (technische) Arbeitsweise des Brandstifters und seines Verfolgers hier näher darzustellen." Das ist erstaunlich. In Weingarts Kriminaltaktik S. 248 f. findet sich eine recht gute Darstellung darüber. Ob der Verf. sie wohl kennt? Er meint, für den Laien könnte schon ein kurzer Überblick eine Quelle des Grauens sein, für den übelwollenden vielleicht erwünschte Belehrung. Sieht man davon ab, daß der gleiche Grund gegen alle technischen Beschreibungen in Schriften über Kriminalistik bestünde, die ohne Schaden für die Laienwelt geschrieben wurden, so kann man doch eine Preisaufgabe nicht durch Nichteingehen auf die gestellte Aufgabe lösen.

Die Überleitung von den Brandstiftergruppen zum Folgenden geschieht mit den geistvollen Worten: „Leben ist Bewegung, Entwicklung. Wichtiger als das, was ist, ist das, was wird. Darum müssen wir nicht nur den gegenwärtigen Zustand, sondern vor allem die Entwicklungsrichtungen zu erkennen versuchen" (15). Für das Seelenleben der Menschen zeige der vorausgeschickte Überblick über die Brandstiftergruppen drei Entwicklungsrichtungen, die offenbar einer Vermehrung von Brandstiftungen günstig seien: die Zunahme geistiger Erkrankungen, die Verwilderung der politischen Sitten und die Abnahme des Gefühls für Recht und Volksgemeinschaft. Für die Zunahme geistiger Erkrankungen hatte der Verf. im Bisherigen nichts weiter vorgebracht als den Satz: „Die heutigen Lebensverhältnisse, besonders die der Großstadt, sowie die Nachwirkungen des Krieges haben offenbar eine Zunahme der kranken Verbrecher zur Folge."

In nicht einwandfreier Systematik folgt ein Kapitel über die wirtschaftliche Bedeutung der Brandstiftung. In der Einleitung konnte sie behandelt werden. Hier zwischen den Brandstiftergruppen und dem geltenden „Brandstrafrecht" wirkt die Erörterung, die 18 Seiten (16—34) füllt, als eine Abschweifung vom Thema. — Im dogmatischen Teil, „dem Brandstrafrecht", gehört die recht wertlose Aufzählung kaum zum Thema, daß wir im Strafrecht 7 Entscheidungssammlungen, 11 Zeitschriften strafrechtlichen Inhalts, 36 Hand- und Lehrbücher des Strafrechts, 8 große Kommentare haben, daß Olshausen in seinem Komm. mehrere Hundert strafrechtliche Monographien aufführt. Was sollen diese Zahlen über das allgemeine Strafrecht hier, zumal sie je nach der Zählung nicht einmal feststehen? Um mitzuteilen, daß der Verf. in der Regel nur den Leipz. Komm. zum StGB. und Olshausen zitieren will, sind sie auch nicht notwendig. — Hinter die dogmatische Erörterung stellt Verfasser den geschichtlichen Teil der Aufgabe. Hieran schließt sich eine Betrachtung über ausländisches Brandstrafrecht, wobei 12 Seiten dem Strafrecht der Sowjetunion gewidmet sind, nur 5 Seiten der gesamten übrigen Strafrechtsvergleichung! Zwei Drittel der Erörterungen über Sowjetstrafrecht befassen sich allerdings nicht mit dem Thema Brandstrafrecht, sondern mit der Größe des russischen Staates, der richterlichen Abhängigkeit, dem Strafensystem, der Weltanschauung des Bolschewismus und anderen Dingen.

Daß der geschichtliche Abschnitt nicht viel Neues bringt, ist an sich dem Verf. nicht zu verübeln. Denn die Schriften von Wächter und Osenbrüggen haben schon viel vorgearbeitet. Dagegen würde man im geschichtlichen Teil Wendungen nach Art der folgenden gerne vermissen: „Zwischen ALR. und dem Gesetzbuch von 1851 liegen: Entwicklung des Naturrechts, Verkündigung der Menschenrechte, Übergang Preußens von der absoluten zur konstitutionellen Monarchie. All das findet seinen Ausdruck in dem 1851 verkündeten StGB." (S. 71). — Im dogmatischen Teil unterscheidet der Verf. 4 Gründe der Nichtvollendung einer Brandstiftung: „relativ und absolut untaugliches Mittel, untauglicher Gegenstand (hier ohne Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit, Ref.), Unterbrechung des Kausalzusammenhangs". Hierzu wird vom Verf. (S. 41) bemerkt: „Wir stehen hier zwischen zwei Endpunkten (Extremen). Sollen wir nach dem Erfolg bestrafen oder nach dem Willen? Die beste Antwort ist wohl die: Grundlage der Bestrafung sei der verbrecherische Entschluß — die Höhe der Strafe aber hänge ab von der gesamten Tatbestandslage des Einzelfalles (!?)."

Von den Reformvorschlägen der Arbeit sei hervorgehoben der Wunsch (S. 120), daß der Brandversicherungsbetrug allgemein und ohne Ausnahme als Brandstiftung behandelt werde. Die Objekte des Versicherungsbetrugs greifen indessen über die der Brandstiftung hinaus, auch wenn die letzteren nur mehr mit Wendungen wie „Feuersbrunst verursachen" angedeutet werden. — Für Brandstiftung und Brandversicherungsbetrug soll nach dem Verf. das Strafgesetz lauten: „Der Brandstifter wird mit Zuchthaus bestraft. Hat er einen Vermögensvorteil erstrebt, so kann außerdem auf Geldstrafe bis zu 100 000 *RM* oder (?), falls der erstrebte oder erreichte Vorteil höher zu bewerten ist, bis zu dessen Höhe erkannt werden." Im Folgenden wird ausgeführt (S. 121): „Gerade bei Straftaten zu wirtschaftlichem Zweck pflegt sich der Verbrecher durch die Androhung von Freiheitsstrafe nicht abschrecken zu lassen (? Ref.). Zumal er doch immer damit rechnet, daß es ihm mit der Hilfe eines geschickten Verteidigers gelingen wird, das Strafmaß herabzudrücken. Gegenüber verbrecherischem Sinn, der nur nach Geld giert, gibt es nur zwei wirksame Strafdrohungen: Tod oder Geld, und zwar viel Geld. Todesstrafe kommt hier nicht in Frage, aber Geldstrafe, empfindliche Geldstrafe erscheint mir unerläßlich." Der Verf. glaubt offenbar, die Geschicklichkeit eines Verteidigers könne sich nur im Herabdrücken von Freiheitsstrafen, nicht von Geldstrafen betätigen. — Die Arbeit des Verf. hat den ersten Preis erhalten.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

Dr. **Max Alsberg**, Rechtsanwalt in Berlin: **Der Prozeß des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie.** (Erstes Heft der Schriften zur Psychologie der Strafrechtspflege, herausgegeben vom Verfasser.) 1926.

Die ebenso knappe wie gehaltvolle Studie des in der deutschen Anwaltschaft führenden juristischen Praktikers, der sich durch die Reihe seiner früheren Schriften längst als eine zugleich theoretisch durchgebildete Gelehrtenpersönlichkeit ausgewiesen hat, fügt sich als eine ausgezeichnete Ergänzung in einen wichtigen Zweig unserer neuesten Literatur ein, in eine Gruppe von Forschungen, die es mit spezifischer Beziehung auf die modernen Lebensprobleme Deutschlands unternommen haben, den Lehrgehalt der sokratischen Philosophie in den Trägern aller ihrer drei großen Generationen neu zu überprüfen. Wir werden dabei zunächst an die zusammenfassenden Meisterarbeiten denken, an Wilhelm Windelbands und Heinrich Maiers Sokratesschriften, an Natorps und Salins so anregend verschiedenartige Analysen Platons, an die profunden Bücher Ulrichs v. Wilamowitz und Werner Jägers zur Aristoteles-Literatur. Aber auch zahlreiche Spezialarbeiten haben unsere Aufmerksamkeit wieder verstärkt auf den engen inneren Kontakt gelenkt, der zwischen unserer Zeit und den drei attischen Klassikern besteht. Ihnen reiht sich auch die vorliegende Schrift an.

Eine der Abhandlungen dieses Kreises, die treffliche rechtsphilosophische Untersuchung Anderhubs zu Platons „Politeia" in Stammler und Hollbacks „Zeitschrift für Rechtsphilosophie" (Bd. 2, 1917) schließt mit den Worten: „Ich stehe nicht an, zu behaupten, daß die kritische Rechtsphilosophie in ihren gesicherten Ergebnissen zur Stunde genau da wieder steht, wo Platon sie vor zwei Jahrtausenden verlassen hat", und etwas Ähnliches könnte nunmehr auch Alsberg als Motto über sein Sokrates-Schriftchen setzen, für das er natürlich die wichtigste Quellenunterlage ebenfalls von Platon entnommen hat, in diesem Fall

aus der „Apologie“, der idealisierten, aber im Kern zweifellos naturtreuen Verteidigungsrede, wie sie der Schüler im Geiste des Meisters nach dessen Verurteilung und Märthrertod niedergeschrieben hat. Auch die wesentlichsten Lebensbedingungen einer gesunden Strafrechtspflege heutiger Zeit — die „ewigen Fragen und Nöte des Strafprozesses“ — so demonstriert uns Alsberg — können nicht eindringlicher gekennzeichnet werden, als dies durch den i. J. 399 gegen Sokrates durchgeführten Sensationsprozeß und durch die Auseinandersetzung des Angeklagten mit seinen Anklägern in der Gerichtsverhandlung geschieht, — nur freilich mit der Besonderheit, daß die Lehre, die der Justizmord an Sokrates predigt, eine negative ist. Es sind die Schattenseiten der attischen Justiz, die Mißstände der materiellen Strafgesetzgebung wie der Strafgerichtsverfassung und des Strafverfahrens, die uns in ihrer ungesunden Gestalt deutlich machen, wo auch für das heutige Recht schwere, gerade im jetzigen Augenblick besonders kritische Gefahren begründet sind. Allerdings schlägt Alsbergs Schrift auch noch sehr andere Noten an. Aber wer sie in einer der praktischen Jurisprudenz gewidmeten Zeitschrift anzeigt, wird auf die genannten Gedanken den Nachdruck zu legen haben.

Zunächst betrachtet Alsberg den Prozeß des Sokrates nach seiner strafrechtlichen Bedeutung, um die letztere an der Verschwommenheit und Dehnbarkeit des deliktischen Gesichtspunkts, unter dem die Anklage und Aburteilung durchgeführt wird, darzulegen.

Die gerichtliche Verfolgung des Philosophen wird auf „Asebia“ gestellt. Die naive Rechtsanschauung der solonischen Zeit hatte, wie die ältere athenische Rechtsgeschichte erkennen läßt, unter diesem Begriff, dem athenischen Religionsdelikt, nur oder in erster Linie die Zerstörung oder Beschimpfung der sinnlich faßbaren Gegenstände der Gottesverehrung, Tempel, Götterbilder, geweihter Gerätschaften verstanden. Aber für die perikleische Zeit und in der Folge hatte sich diese konkrete Form ganz verflüchtigt; und die Anklage, deren Fassung uns erhalten ist, ist imstande, das „rechtswidrige Verhalten“ des Sokrates dahin zu wenden, daß er „an die Götter des Staats nicht glaubt, Neues Dämonisches einführt und die Jugend verführt“, also dem Gesetzesparagraphen, wenn man von einem solchen reden will, die Wendung nach einer rein seelischen, geistigen Seite zu geben. Sokrates' Rechtsfall macht damit in drastischer Weise deutlich, daß das entwickelte Griechentum das mit dem späteren römischen Strafrecht einsetzende Grundprinzip alles geschriebenen Strafrechts nicht zu erfassen fähig gewesen ist. Es fehlt an einer Analogie des Rechtsgedankens, der in Anlehnung an den § 2 StGB. vom Art. 116 RVerf. ausgedrückt wird: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde“, und es fehlt damit das Bedürfnis, das Strafgericht, indem es die Strafwürdigkeit einer Handlung prüft und evtl. ausspricht, in die bindenden Grenzen einzuschließen, die nur durch die Prüfung der „Tatbestandsmäßigkeit“ der Handlung gewonnen werden können. Denn diesem obersten Erfordernis der Sicherheit der Strafrechtspflege ist eben nicht schon genügt, wenn der mit Strafe bedrohte Tatbestand mit einem vag-allgemeinen Gattungsbegriff bezeichnet wird, sondern erst dann, wenn die Merkmale der Deliktsart in ihre einzelnen Elemente aufgelöst kenntlich gemacht sind. Fehlt dies, so erwächst dem Ankläger die Möglichkeit, dem Gericht mit Hilfe der Benutzung einer gegen den Angeklagten bestehenden antipathischen Stimmung Handlungen als rechtswidrige unterzuschieben, die in Wahrheit nur in mißliebiger Sinnes-, Denk-, Redeweise bestehen, m. a. W. beliebige Delikte ad hominem zu fingieren.

Die durch die Unreife der Strafgesetzgebung verschuldete Direktionslosigkeit der attischen Justiz entfaltet aber — so führt Alsberg weiter aus — ihre unheilvolle Wirkung bei der Aburteilung des Sokrates erst dadurch ganz, daß ihr kein ernsthaft in Betracht kommendes Gegengewicht in den strafprozessualen Institutionen gegenübersteht.

An und für sich wäre auch bei einem technisch unentwickelten Strafgesetz Sokrates oder ein Angeklagter überhaupt nicht ohne Schutz gewesen, wenn die Anwendung des ungeschriebenen Strafrechts in der Hand sachlich durchgebildeter, in stetiger Tradition der Praxis aufgewachsener und erprobter Männer gelegen hätte. — doppelt gesichert, wenn, wie es heute unter dem Einfluß einer Staatsanwaltschaft der Fall ist, nicht nur die Urteilsfällung, sondern bereits die Anklage als Ergebnis einer tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung, als amtliche Entscheidung in Wirksamkeit getreten wäre. Aber davon ist im athenischen Prozeß nichts vorhanden. Kein zur objektiv verantwortlichen Prüfung fähiger öffentlicher Ankläger, sondern drei Privatpersonen betreiben die Eröffnung des Verfahrens, und kein berufsbeamtetes Gerichtskollegium, sondern ein Volksgericht von 501 aus den mannigfaltigsten Ständen und Berufen entnommenen Bürgern spricht das Urteil. So kommt weder bei der Stellung des Strafantrags noch bei der tatsächlichen Prüfung der Beweise noch bei der rechtlichen Würdigung des Beweisergebnisses eine Stimme zu Gehör, die nach dem sachlichen Maßstabe der Rechtswidrigkeit fragt. Im Gegenteil sind es die politischen Interessen, die auf das Vor- wie auf das Schlußstadium des Strafverfahrens den maßgebenden Einfluß üben. Ein Literat, ein Berufspolitiker und ein Gewerbtreibender geben durch die Anklage ihrem eifersüchtigen Haß auf das autoritäre Organ der öffentlichen Meinung, das Sokrates im Laufe der Jahrzehnte geworden war, Ausdruck, — Leute, durch das Los aus allerlei verschiedensten Stände und Berufe entnommen, kühlen in der Verurteilung ihren Ärger über die angebliche Überheblichkeit des Ratgebers der gebildeten Bürgerkreise und besonders der vornehmen Jugend. Und sie benutzen dazu ihre politische Macht. Denn das Heliastengericht Athens ist ja im Grunde nichts anderes als einer der für die mannigfaltigsten Verwaltungs- oder Justizgeschäfte gebildeten Ausschüsse der Volksversammlung. Vor kurzem erst nach einer Zeit oligarchischer Reaktion, der Folge der Niederlage im großen Bürgerkriege, wieder zum demokratischen Übergewicht gelangt, läßt sie den Sokrates, der von ihrer Demagogie in unklarer Übertragung zum Typus des Lobredners der konservativen Einrichtungen der Väterzeit gestempelt wird, ihre Macht fühlen und verwendet als Handhabe dazu — hier zeigt sich die Begriffsverworrenheit und zugleich die Immoralität des gesetzlichen und gerichtlichen Systems in voller Kraßheit — den Vorwurf der Verachtung der altehrwürdigen Gottheiten.

Man darf nun freilich nicht glauben, daß unsere Anzeige, wenn sie die für den Juristen bedeutsamste Nutzanwendung der Prozeßgeschichte aus Alsbergs Schrift in trockener Betonung heraushebt, dem Gehalt des kleinen Werks nach allen Seiten gerecht wird. Was erst eigentlich den wissenschaftlichen und literarisch-ästhetischen Reiz der Studie ausmacht, ist vielmehr die Art, wie der Verf. seine fachwissenschaftliche Analyse in eine Neudarstellung des ganzen Vorgangs verwebt, die mit allen Mitteln philologischer Gelehrsamkeit aufgebaut ist und jedem Vertreter der antiken Geistesgeschichte Ehre machen würde. Seine Skizze entwickelt sich damit zugleich zu einer Nachprüfung des menschlichen und philosophiegeschichtlichen Problems, das mit Sokrates' Namen verknüpft ist, und bietet auch nach dieser Richtung Wertvolles.

Vor allem sichert A., indem er die Quellen, insbes. die platonischen Dialoge revidiert, Sokrates gegen den Vorwurf, als wenn er durch sein Auftreten als Lehrer und öffentlicher Kritiker das gegen ihn gefällte Urteil des Gottesleugners gewissermaßen sachlich verdient hätte. Er streift damit die Anschauung Wilhelm Windelbands, der den Kern der Einwirkung des Sokrates auf seine Mitbürger in einer Verherrlichung des Kultus der menschlichen Vernunft, also wirklich in einer Herabsetzung der alten Götter sehen möchte und deshalb das Urt. gegen ihn zwar als Ausgeburt gehässiger persönlicher Motive seiner Ankläger und Richter, aber vom Standpunkt der athenischen Staatsreligion und Staatsautorität nicht eigentlich als etwas formell Ungerechtes gelten läßt. Gewiß mit Recht tritt Alsberg dieser Meinung entgegen. Die Wirksamkeit, die Sokrates mit seiner ironisierenden Dialektik im athenischen Volksleben entfaltete, erstrebte die Erweckung oder die Belebung des sittlichen, insbes. des staatsbürgerlichen Pflichtgefühls seiner Volksgenossen; sie bekämpfte die nüchterne Nützlichkeitsethik der Sophisten und damit die von ihr genährte öffentliche Korruption der Demokratie. Sie diente ferner dem spezifisch verfassungsrechtlichen Leitgedanken, daß nur der ein politischer Führer sein kann, der etwas von den „staatlichen Dingen“ versteht, m. a. W. nur der, der ein gründliches Fachwissen besitzt, und trat insoweit den vielgeschäftigen Dilettanten entgegen, die nach der Unterweisung des Sophisten mit ein bißchen Lebenskunst die öffentlichen Funktionen bewältigen zu können glaubten. Und um seinen beiden praktischen Forderungen eine feste Grundlage zu geben, wendete sich die Sokratik in ihrer ursprünglichen Form unter dem Gesichtspunkt der theoretischen Philosophie gegen die oberflächliche Begriffsbildung der Sophistik; sie ließ den Wert „philosophischer“, d. h. wissenschaftlicher Ausbildung anklingen, den in der nächsten Generation Platon gegen Isokrates zum Grundton seiner Weltanschauung gemacht hat. Aber bei alledem trat Sokrates mit seiner Polemik in das Gebiet der athenischen Glaubensüberzeugungen, gar der Staatsreligion, überhaupt nicht ein. Folgeweise konnte er sich auch mit deren Sätzen gar nicht in Widerspruch stellen.

Aber noch aus einem anderen Gesichtspunkt wird die erneute Prüfung von Sokrates' wissenschaftlichem und menschlichem Standpunkt von Bedeutung, wenn man dem Verlauf seines Prozesses gerecht werden will, und Alsberg weist von Anfang an darauf hin, indem er den Prozeß des Sokrates außer in juristischer auch „in psychologischer Beleuchtung“ als sein Thema be-

zeichnet. Was damit gemeint ist, stellt sich heraus, wenn man auch das Verhalten des Sokrates während des Prozesses, sein Auftreten gegen seine Ankläger und Richter beachtet.

Auch in dieser Richtung sind abfällige Urt. der Nachwelt gegen den Philosophen laut geworden. Es ist Cicero, der im selbstgenügsamen Bewußtsein seiner eigenen rhetorischen Überlegenheit gemeint hat, Sokrates sei nur deshalb unterlegen, weil er ein schlechter Redner gewesen sei, d. h. sich ungeschickt verteidigt habe. Alsberg führt nun sehr lichtvoll aus, daß gerade im Gegenteil Sokrates' Selbstrechtfertigung sehr stark die Gabe dokumentiere, die den großen Redner ausmacht, den massenpsychologischen Takt, das Feingefühl dafür, wodurch die Gegner auf die Masse wirken, wodurch andererseits er als Angeklagter dieser Wirkung begegnen kann. Während jene mit der Sensationssucht, den Neidgefühlen der Masse gegenüber der hervorragenden Persönlichkeit rechnen, versucht er sie durch anspruchslose Würde zu entwaffnen, nämlich durch einfachen wahrheitsgemäßen Hinweis auf die ihm durch göttliche Fügung anvertraute Mission, seine Mitbürger durch unablässiges Warnen und Tadeln in Bewegung zu halten. „Richtet ihr einen Mann wie mich hin, so schadet ihr euch selbst viel mehr als mir" (S. 20). Eines freilich versäumt Sokrates, wenn er seine Verteidigungsposition in solcher Weise wählt: die im athenischen Geschworenengericht übliche Lobhudelei der Richter und die geflissentliche Erregung ihres Mitleids und ihres Wichtigkeitsgefühls. Er bekennt sich nicht zu reumütiger Gesinnung; er ruft nicht ihre gnadenvolle Hilfe an. Als das Schuldurteil mit der knappen Mehrheit von 281 unter 501 Stimmen schon gesprochen ist und es sich nur noch um Geldstrafe, Ächtung oder Hinrichtung handelt, bietet er das geringste Maß der Geldstrafe an und verstärkt den Eindruck dieses Selbstbewußtseins noch durch die Bemerkung: in Wahrheit habe er überhaupt nicht Strafe, sondern öffentliche Belohnung verdient, so daß nunmehr erst die Todesstrafe mit der bedeutenden Mehrheit von 360 Stimmen ausgesprochen wird. Hierauf bezieht sich Ciceros zuvorgenannter Vorwurf, und in der Tat: in diesem Augenblick handelt Sokrates der massenpsychologischen Erfahrung zuwider. Aber der Kritiker muß auch hierin der Darstellung Alsbergs recht geben, daß an dieser schicksalsschweren Stelle ein rhetorisches Rechnen mit der Volksstimmung an seiner Grenze stand. Schon früher ist — wie ich glauben möchte, am eindrucksvollsten von Alois Riehl (Philosophie der Gegenwart 1903 S. 188) — hervorgehoben, daß in der Erscheinung des Sokrates Lehre und Leben unzertrennlich verbunden sind. Nicht dadurch, daß er von seinen Mitbürgern die Hingabe an den Staat fordert, sondern daß er diese Forderung selbst in Tat umsetzt, ihre Erfüllung ihnen vorlebt, erhält seine Gestalt ihre epochemachende Bedeutung. Ohnedies wären die Hauptsätze seiner Ethik, zumal bei deren stark intellektualistischer Begründung aus dem wohlverstandenen Eigenwohl eine einigermaßen dürre Weisheit geblieben. Erst durch ihre volunaristische Bewährung erhielten sie ihre volle Geltung, und der entscheidende Willensakt verkörperte sich eben in der Art der Verteidigung, die er tatsächlich wählte, indem er dies Volksgericht, dessen Stimmung ihm genau bekannt war, zum Erlaß des Todesurteils geradezu provozierte und sich damit in der kritischen Stunde zu der Rolle des Erziehers in staatsbürgerlicher Gesinnung noch einmal bekannte.

Es ist das besonders schöne und wohltuende der Alsbergischen Studie, daß sie in ihrem engen Rahmen auch diesen Kern der Sokratesgestalt wieder aufdeckt und in solcher Weise die rechtshistorische und die menschheitsgeschichtliche Bedeutung des von ihm behandelten Vorgangs miteinander verknüpft und ausgleicht. Aber für den Juristen wird jedenfalls die erste Seite der Betrachtung im Vordergrund stehen, mindestens wenn er sich klar macht, wie fast unheimlich zeitgemäß der in ihr zutage tretende Gedankenkomplex des Strafrechts und Strafprozeßrechts in den heutigen Tagen wirkt. Bei der Reform des Strafrechts und Strafprozesses, in der wir soeben stehen, handelt es sich ja um nichts geringeres als um die Gefahr der Wiederkehr von Rechtszuständen, wie sie typisch in der Justiz der attischen Demokratie verkörpert sind. Der vorhin in seinem Wertgehalt gekennzeichnete Typus eines Strafgesetzes, das die gemeinsamen und besonderen Merkmale des Verbrechenstatbestands in einer für das Gericht leitenden und bindenden Formalnorm vorzeichnet, sieht sich heute von dem Verdrängtwerden zugunsten einer Strafgesetzgebung bedroht, die den Gerichten bloße Stich- oder Schlagworte angibt und die Ausfüllung dieser Blankettbegriffe durch ein „freies richterliches Ermessen" erwartet. Und ebenso findet sich das gesetzeskundige und in der Rechtsanwendung geschulte Berufsrichtertum mehr und mehr durch die systematisch geschürte Agitation, es sei nicht mehr vertrauenswürdig, in die Enge getrieben, und statt seiner verherrlicht man eine Rechtspflege mit billigdenkenden, lebenserfahrenen Volksrichtern. Die Reichsregierung ist bestrebt, unterstützt vom Reichsrat, diesen demagogischen Illusionen einen Damm entgegenzusetzen. Aber die maßgebende Stimme des Reichstags hat noch nicht gesprochen. Man möchte möglichst vielen seiner Abgeordneten für die bevorstehenden Beratungen die Lektüre von Alsbergs Schrift recht nachdrücklich empfehlen.

Geh. Hofrat Prof. Dr. Richard Schmidt, Leipzig.

---

2. Strafprozeß.

Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. Bearbeitet von Dr. **Eduard Kohlrausch**, Prof. des Strafrechts in Berlin. 21. Aufl. Taschenformat. XI, 526 Seiten. Berlin und Leipzig 1927. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 7,50 ℳ.

Nach kurzer Zeit ist der 20. Aufl. des rühmlichst bekannten Werkes die 21. gefolgt. Für sie gilt in gleichem Maße, wie für ihre Vorgängerin, die hohe Anerkennung, der Oberreichsanwalt Dr. Ebermayer JW. 1925, 1464 Ausdruck verliehen hat. In der 21. Aufl. sind die Entsch. des RG. bis zum 60. Bande der amtlichen Sammlung, Gesetze und Verordnungen bis zum März 1927 berücksichtigt. Neu aufgenommen ist u. a. das Reichs-Kriminal-Polizeigesetz und der einschlägige Abschnitt der RAbgO.

Das Buch, das nunmehr die beachtenswerte Gesamtauflagenhöhe von 100 000 Exemplaren erreicht hat, wird dem Praktiker und den Studierenden weiterhin von größtem Wert sein. D. S.

Gerland, Professor Dr. **Heinrich: Der deutsche Strafprozeß.** Mannheim 1927. Bensheimer. XVI u. 526 S.

Das Buch ist nach dem Vorwort „für den ernsthaft Studierenden und für den Praktiker geschrieben". Diese Zweckbestimmung hat zunächst eine negative Bedeutung: es soll kein Handbuch des Strafprozesses sein. Deshalb durften die Literaturnachweise auf ein geringes Maß beschränkt werden; monographische Darstellungen und Aufsätze werden nur ausnahmsweise zitiert, dafür wird bisweilen auf die Literaturzusammenstellungen bei Löwe-Rosenberg und anderen verwiesen. Das positive Programm des Vorworts setzt zwei auseinanderliegende Ziele, die sich nicht leicht auf demselben Wege erreichen lassen. Der Praktiker dringt in schwierige Fragen, die der wissenschaftliche Komm. nicht abschließend beantwortet, mit Handbuch und Spezialliteratur ein, nicht aber mit Hilfe eines Lehrbuches, und sei es auch für den ganz besonders ernsthaft Studierenden geschrieben. Nicht dem Bedürfnisse der Praxis entspricht, sondern aus dem Unterrichtszweck ergibt sich, daß die Judikatur nur an RGEntsch. (die ungewöhnlicherweise mit ER zitiert werden), und zwar auch nur den in der sog. offiziellen Sammlung und in der „Rechtsprechung" veröffentlichten dargestellt wird. Nicht nur das Werk von Löwe-Rosenberg, sondern auch knapper gefaßte Kommentare, wie der von Feisenberger, liefern den Beweis, daß der Stand der Rspr. aus der offiziellen RGSamml. nicht hinreichend erkennbar ist und daß daher die wissenschaftlich arbeitende Praxis ohne das Material der privaten Sammlungen und der Zeitschriften (die Gerland S. 38 zum Teil nennt) nicht auskommen kann. Seit der EmmingerVO. ist auch bei den OLG. eine bedeutsame strafprozessuale Rspr., nicht selten im Gegensatz zu der des RG., erwachsen, mit der der Praktiker zu rechnen hat (vgl. das Werk von Alsberg-Friedrich). Diese Bemerkungen sind aber weder bestimmt noch geeignet, das Gerlandsche Werk als wissenschaftliche Leistung und als Lehrbuch zu beanstanden. Die systematische Anordnung ist vorzüglich und führt den umfänglichen Stoff vollständig und ohne Wiederholungen, die bei Innehaltung der Legalfolge unvermeidlich sein würden, vor. Auch bei den schwierigsten Materien bleibt die Darstellungsweise plastisch und leicht verständlich. Der didaktische Charakter wird sehr geschickt dadurch gewahrt, daß Belegstellen aus Judikatur und Literatur, erläuternde Beispiele und Hinweise auf Kontroversen in der Regel nicht den Text belasten, sondern in die überaus zahlreichen, oft sehr gehaltvollen und zu tieferem Nachdenken anregenden, Anmerkungen verwiesen sind. Im akademischen Unterricht und namentlich beim Selbststudium wird das gründliche und tüchtige Werk mit sicherem Nutzen verwendet werden.

JR. Dr. Drucker, Leipzig.

Reform des Strafvollzuges. Kritische Beiträge zu dem amtlichen Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes unter Mitwirkung von Privatdozent Dr. phil. Bondy, Professor Dr. jur. Exner, Justizrat Dr. jur. Gentz, Regierungsrat Krebs, Professor Dr. jur. et phil. Liepmann, Ministerialrat Dr. jur. Starke, Oberarzt Dr. med. Villinger. Herausgegeben von Dr. jur. **Lothar Frede**, Oberregierungs-

rat, Vortragendem Rat im Thüringischen Justizministerium in Weimar, und Dr. jur. **Max Grünhut**, o. ö. Professor der Rechte an der Universität Jena. Berlin und Leipzig 1927. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 10 ℳ.

In dieser Schrift sind eine Anzahl wertvoller Aufsätze vereinigt, alle zusammengefaßt durch den Gesichtspunkt der wissenschaftlichen Grundlegung der Strafprozeßprobleme, und zwar auf der Grundlage der Vertiefung des Erziehungsgedankens in der Strafe. Nicht behandelt sind lediglich die Todesstrafe und die Geldstrafe, für die jedoch im Vorwort der Herausgeber selbst wertvolle Hinweise gegeben sind: Insbes. wird bez. der Geldstrafe befürwortet, daß an Stelle der kriminalpolitisch zweckwidrigen kurzen Freiheitsstrafe das Abarbeiten durch freie Arbeit, für dessen Anwendung die Möglichkeiten jetzt noch nicht erschöpft sind, weiterhin reichsgesetzlich zugelassen werde. Leider verbietet die Knappheit des zur Verfügung stehenden Raumes ein weiteres Eingehen auf diese wertvolle Sammlung. D. S.

Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Unter Mitwirkung von Gerichtsassessor Dr. jur. **Gero Friedrich**, herausgegeben von Dr. jur. **Max Alsberg**, Rechtsanwalt in Berlin. Mannheim 1927. J. Bensheimer. Preis brosch. 14 ℳ, Halbleder 16 ℳ.

Die Emmingersche Reform hat den Amts- und Schöffengerichten fast die ganze Fülle der erstinstanzlichen Entschließungen zugewiesen. Die Strafkammern sind in der Hauptsache Berufungs- und Beschwerdeinstanz. Die Straffenate der OLG. haben als BeschwGer. viel von ihrer früheren Bedeutung eingebüßt. Sie haben aber als Revisions- und BeschwGer. wertvolle Arbeit geleistet. Ein großes Verdienst Alsbergs ist es, alles, was an wichtigeren Entsch. der OLG. zur Auslegung des GVG. und der StPO. seit dem 1. Okt. 1879 erwachsen ist, in dem vorl. Werke in drei handlichen Bänden von je etwa 450 Seiten gesammelt zu haben. In mustergültiger Weise hat der erfahrene Praktiker die Fülle des Stoffes gemeistert. Er folgt der Anordnung des Gesetzes, gliedert den Stoff übersichtlich in Abteilungen und gibt die Entsch. nicht auszugsweise, sondern im vollen Wortlaut wieder. Darin erblicke ich einen Hauptvorzug des Werkes. Gerade dadurch, daß Tatbestand und Gründe unverkürzt vorliegen, wird die kritische Nachprüfung jeder einzelnen Entsch. auf ihren wissenschaftlichen Wert ermöglicht. Und zugleich wird dadurch die Sammlung zu einer willkommenen Ergänzung der Kommentare, die sich naturgemäß auf kurze Andeutungen über den Inhalt der von ihnen angeführten Entsch. beschränken müssen. Die ursprünglichen Überschriften der Entsch. sind nicht überall beibehalten. Auch das gereicht dem Werke zum Vorteil, denn sie sind kürzer, schlagender gefaßt, und im allgemeinen ist die wenig empfehlenswerte Frageform dabei vermieden.

Mit peinlicher Sorgfalt ist die Verweisung auf die Werke erfolgt, denen die Entsch. entnommen sind. Bei der Benutzung des Werkes und zahlreichen Stichproben bin ich auf eine einzige Ungenauigkeit gestoßen, die sich überdies als entschuldbarer Druckfehler darstellt. Die Bd. 2 S. 362 unter Nr. 276 wiedergegebene Entsch. des OLG. Dresden v. 12. Okt. 1883 befindet sich nicht Sächs. Ann. Bd. 3, sondern Bd. 5 S. 490.

Nicht berücksichtigt ist unter den Quellenwerken, soweit ich sehen kann, das jetzt im 4. Jahrgang erscheinende Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, das auch Entsch. strafprozessualen Inhalts wiedergibt.

Dem verdienstlichen Sammelwerk ist weiteste Verbreitung zu wünschen. Für den Praktiker ist es wegen seiner Zuverlässigkeit, Reichhaltigkeit und Übersichtlichkeit unentbehrlich. Der Theoretiker des Strafprozesses wird reichen Nutzen daraus ziehen. Und bei Ausarbeitung einer neuen StPO., die ja doch im Gefolge des neuen StGB. kommen muß, wird es eine wichtige Grundlage bilden.

Generalstaatsanwalt Schlegel, Dresden.

3. Jugend und Strafrecht.

Többen: Die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung. 2. Aufl. Münster 1927. Preis 36 ℳ, geb. 39 ℳ.

Das zuerst i. J. 1922 erschienene Werk von Többen liegt jetzt in einer völlig neubearbeiteten und erweiterten zweiten Aufl. vor. Das Buch behandelt im Anschluß an eine kurze Geschichte der Verwahrlosung die verschiedenen Inwelt- und Umweltschäden, die zur Verwahrlosung führen können, zeigt die mannigfaltigen Mittel ihrer Bekämpfung und bringt schließlich einen Bericht über die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung im Ausland. Neu eingefügt sind in dieser Aufl. Abhandlungen über die Verkrüppelung, die Sinnesfehler, den Morphinismus, den Kokainismus, die Kindesaussetzung, über die Psychologie des einzigen Kindes, die Abtreibungsseuche und über die industriellen und ländlichen Umweltsverhältnisse.

Zum ersten Male ist hier eine zusammenfassende Darstellung aller Probleme gegeben, die mit der Jugendverwahrlosung und ihrer Bekämpfung zusammenhängen. Eine erstaunliche Menge von Material ist zusammengetragen, dessen Übersicht durch ein ausführliches Inhaltsverzeichnis, Sach- und Namenregister außerordentlich erleichtert wird. Wahrscheinlich wird das Buch seine Hauptbedeutung dadurch erhalten, daß es als Nachschlagewerk dient, wobei die zahlreichen Literaturhinweise treffliche Dienste tun werden. Die wesentlichste Literatur, besonders auch die Zeitschriftenliteratur bis zur Jetztzeit, ist verwertet und angeführt. Die gesamte Gesetzgebung und die Entwürfe, die mit den behandelten Fragen in Verbindung stehen, sind verarbeitet worden.

Es ist unmöglich, bei einer kurzen Besprechung dieses Werkes auf Einzelheiten einzugehen, und es ist selbstverständlich, daß man bei der Fülle der Probleme und den verschiedenen Blickrichtungen nicht in allen Punkten mit der Stellungnahme des Verfassers übereinstimmt, der, wenn ich richtig sehe, vom Standpunkt der katholischen Weltanschauung an die Probleme herantritt.

Den besonderen Vorzügen dieses Buches — die Verwertung ungeheurer Mengen von Material und sehr viele Literaturnachweise — steht der Nachteil gegenüber, daß das Buch nunmehr 988 Seiten umfaßt und durch seinen dadurch hohen Preis vielen nicht zugänglich sein wird. Durch knappere Darstellung und Weglassung von verschiedenen weniger wichtigen Tatsachen wäre vielleicht eine erhebliche Einschränkung des Buchumfanges ohne Verringerung seines inneren Wertes möglich gewesen. Dem aufmerksamen Leser werden einige Ungenauigkeiten auffallen, die Bedenken erwecken, ob alles beigebrachte Material ohne Nachprüfung zu verwenden ist. So wird z. B. ohne weitere Bemerkungen ein Bericht des Hannoverschen Kurier wiedergegeben, demzufolge man im hamburgischen Jugendgefängnis Hahnöfersand auf 70—75% zu rettender Existenzen rechnet, eine Behauptung, die sicherlich weit übertrieben ist. Im gleichen Art. liest man, daß der Direktion der hamburgischen Gefangenenanstalten auch Fürsorgezöglinge unterstehen, was auch nicht den Tatsachen entspricht.

Im ganzen wird man aber das Buch jedem, der sich mit den Fragen der Jugendverwahrlosung und ihrer Bekämpfung beschäftigt, durchaus empfehlen können.

PrivDoz. Dr. Curt Bondy, Hamburg.

Die Revolution der modernen Jugend. Von **Ben B. Lindsey**, Richter des Jugend- und Familiengerichts in Denver, Colorado, USA. und Wainwright Evans. Deutsche Übersetzung und Bearbeitung von Toni Harten-Hoencke und Dr. Friedrich Schönemann. Berlin und Leipzig 1927. Deutsche Verlagsanstalt Stuttgart. Preis 7,50 ℳ.

Der Verf. dieses Buches ist weit über die Grenzen seiner Heimat hinaus als Pionier des Jugendgerichtswesens, als der Schöpfer des amerikanischen Jugendgerichtsverfahrens anzusehen, wie als Verf. grundlegender Werke über die psychologischen und juristischen Probleme der Jugend bekanntgeworden.

Die oft mißbrauchte Wendung, daß dies „Buch, insbesondere das Kapitel ‚Antisoziale Kriminaljustiz‘, jeder lesen sollte, der in Praxis oder Wissenschaft sich mit diesen Fragen, mit den Problemen der Jugendrechtspflege und des Jugendstrafverfahrens befaßt“, wird an ihm zur Wahrheit. Das Buch, welches Amerika (das schon seit 1900 Jugendgericht kennt) stark bewegt hat, bietet auch den deutschen Juristen und Soziologen reichste Anregung. Leider verbietet es der für diese Besprechung zur Verfügung stehende Raum, den Lesern einen Begriff von der Fülle des in dem Buch Enthaltenen zu geben. (M.)

4. Gerichtliche Medizin.

H. Hildebrand: Gerichtliche Medizin. Ein Leitfaden für Studierende und praktische Ärzte. Berlin 1927. Richard Schoetz. 158 S. Preis 6,50 ℳ.

Der Vertreter der gerichtl. Medizin an der Universität Marburg wünscht in seinem Buche, wie er im Vorwort ausführt, einen Überblick über das große Gebiet der gerichtl. Medizin zu geben, der für den Arzt, der nicht als Gerichtsarzt tätig ist, ausreichen soll. Man kann wohl sagen, daß sein Buch im großen und ganzen diesem Zweck genügt. Durch die flüssige Darstellung, die mit anregenden geschichtlichen Notizen und lehrreichen eigenen Erfahrungen gewürzt und durch Literaturnachweise nicht beschwert ist, liest sich des Hildebrandsche Buch sehr angenehm und wird sicherlich bei Studenten und Ärzten einen freundlichen Empfang finden. Es muß aber doch darauf hingewiesen werden, daß es, was Gründlichkeit und Zuverlässigkeit anlangt, nicht unerhebliche Mängel aufweist. Der Verf. hat es offenbar im wesentlichen auf Grund der ihm gegenwärtigen Kenntnisse und Erinnerungen niedergeschrieben, ohne nochmals die Quellen dafür zu Rate zu ziehen. Charakteristisch ist in dieser Be-

ziehung, daß er den vielbesprochenen Fall der Grete Beier, der sich bekanntlich in Sachsen ereignet hat, als „irgendwo in Süddeutschland" einmal vorgekommen, anführt. Dieser lokale Irrtum ist vielleicht kein großes Unglück, aber wohl kann es als solches bezeichnet werden, wenn der Verf., noch dazu an zwei Stellen, die Behauptung aufstellt, daß ein Mann, dessen Blutgruppe von der des Kindes verschieden ist, nicht dessen Vater sein kann. In einem 1927 erschienenen Lehrbuch müßte doch auch unbedingt die Tatsache verwertet werden, daß das strafmündige Alter jetzt nicht mehr mit 12, sondern mit 14 Jahren beginnt und daß die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfs von 1925 über Abtreibung bereits geltendes Recht geworden sind. Der Leser des Hildebrandschen Buches müßte in beiden Punkten das Gegenteil annehmen. Berichterstatter findet auch die Ausführungen über die Frage der Erwerbsfähigkeit in zivilrechtl. Beziehung nicht ausreichend, Haftpflichtgesetz und Ansprüche aus schuldhaftem Verhalten werden nicht deutlich geschieden. Es entsteht der unrichtige Eindruck, als wenn auf Grund des Haftpflichtgesetzes Schmerzensgeld gefordert werden könnte. Auch für die Auslegung des § 224 StGB. müßte dem Arzt mehr geboten werden, als hier gebracht worden ist, und es kann wohl auch als Mangel bezeichnet werden, daß der Tod durch Elektrizität überhaupt nicht besprochen wird.

Es dürfte keine Schwierigkeit sein, in der bald zu erwartenden zweiten Auflage diese Mängel zu beseitigen, so daß das Buch Hildebrands dann ohne Einschränkung empfohlen werden kann. Für diesen Fall sei der Verf. auch darauf aufmerksam gemacht, daß der Vorvorgänger des Berichterstatters Casper und nicht Caspar hieß und daß die Theorie der Blausäurevergiftung als Erstickung bei vorhandenem Sauerstoffüberschuß von Geppert und nicht von Kratter stammt.

Geh. Medizinalrat Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

Dr. **Adolf Lenz: Grundriß der Kriminalbiologie.** Werden und Wesen der Persönlichkeit des Täters nach Untersuchungen an Sträflingen. Wien 1927. Verlag Julius Springer. 252 S. Preis brosch. 15 M, geb. 16,80 M.

In der vorl. Arbeit wird der Versuch gemacht, eine allgemeine Persönlichkeitslehre auf Grund philosophischer, medizinischer und juristischer Begriffe zu entwerfen und auf den Verbrecher anzuwenden. Als Grundlage seiner Betrachtungen dienen dem Verf. Studien, die er an Verbrechern der Strafanstalt Karlau bei Graz und in den Gerichtsgefängnissen von Wien und Graz gemacht hat. Der bisher üblich gewesenen verallgemeinernden Betrachtung, die das Leben unter dem Gesichtspunkt von Ursache und Wirkung beurteilt und den Verbrecher als einen Menschen von durchschnittlicher Intelligenz und durchschnittlicher Moral ansieht, stellt Verf. die unterscheidende Betrachtung der Individualität gegenüber, die das Leben in seinen einzelnen Trägern, im Einzelleben und in dessen Einzeläußerungen erfaßt, und benutzt sie, um ein Bild der Persönlichkeit des Verbrechers zu gewinnen. Er sieht den Unterschied zwischen der Kriminalpsychologie und der Kriminalanthropologie einerseits und der Kriminalbiologie anderseits darin, daß die Kriminalbiologie nicht die seelische oder körperl. Eigenart des Verbrechers voneinander getrennt zu erforschen sucht, sondern dem seelischen und dem körperl. Leben die gleiche Bedeutung beilegt. Er hebt hervor, daß der Körper ebenso wichtig für die Ermittlung der Persönlichkeit ist wie die Seele und folgt den Bahnen der modernen Lehre von den Körperkonstitutionen, wie sie Kretschmer aufgestellt hat. In jedem Verbrechen steckt die Aktualisierung eines potentiellen Systems, die ganze Persönlichkeitsgeschichte eines Menschen, und wenn man weiter zurückgeht, die Familien-, Stammes-, Volks- und Menschheitsgeschichte. In seiner Erscheinungsform kann sich das Verbrechen als Auswirkung verschiedener seelischer Verfassungen darstellen; man kann das primitive Verbrechen als Auswirkung des unkultivierten, das infantile Verbrechen als Auswirkung des kindlichen, das Pubertätsverbrechen als Auswirkung des unreifen, das Verbrechen Seniler als Auswirkung des sich rückbildenden Lebens betrachten. Verf. definiert die Kriminalbiologie als die Lehre von der kriminell gewordenen Persönlichkeit, insbes. von den kriminogenen Neigungen (Dispositionen) und Gefügen (Strukturen) des Täters, sowie der Ableitung der Tat aus ihnen. Die Individualität des Täters wird in ihrem Werdegang durch die Erforschung des Erdbildes (Genotyps) und in ihrem Wesen durch die Erforschung des Erscheinungsbildes (Phänotyps) dargestellt. Das Material liefert die Schilderung der Abstammung, des Lebenslaufes und der persönlichkeitsgestaltenden Erlebnisse. In einem besonderen Abschnitt wird die kriminelle Tat, das endogene und exogene Verbrechen, die Umweltlage zur Zeit der Tat und schließlich die kriminelle Entäußerung besprochen. Zum Schluß wird die Beschreibung einer größeren Reihe von Typen gegeben, an denen die Anwendung der kriminalbiologischen Methoden gezeigt und durch eine Reihe von Bildern veranschaulicht wird. Auch sonst sind in den Text eine Reihe von instruktiven und guten Abbildungen aufgenommen.

Das Buch weist neue Wege zur Erforschung der Verbrecherpersönlichkeit. Hat man sich erst in die Gedankengänge des Verf. hineingelesen, so wirkt es reizvoll und fesselnd. Indem das Verbrechen kriminalbiologisch als eine individuelle Lebensäußerung des Täters angesehen und so die Persönlichkeit des Täters in den Vordergrund des strafrechtlichen Interesses gerückt wird, gewinnt diese Art der Untersuchung eine erhöhte Bedeutung für die moderne Strafrechtspflege und beansprucht nicht nur das Interesse der praktischen Juristen, sondern auch aller Personen, Juristen, Ärzte und Gefängnisbeamten, die mit dem Strafvollzug, der Fürsorge und Verwahrung der Rechtsbrecher in Berührung kommen. Die Anwendung der kriminalbiologischen Untersuchungsmethoden wird ihnen die Aufgabe erleichtern, die Persönlichkeit des Täters nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten zu erforschen und ihnen manche wertvolle Anregung geben.

Prof. Dr. Ziemke, Breslau.

Paul Rehfeldt: Gerichtsärztliche Tatbestandsfeststellungen. Berlin 1927. Verlag Walter de Gruyter. 131 Seiten. Preis 3,50 M.

Es wird niemand erwarten können, daß auf 131 Seiten eine gründliche Zusammenstellung gerichtsärztlicher Tatbestandsfeststellungen gegeben werden kann. Und doch scheint hier das für den Kriminalisten Wichtigste in klarer Form wiedergegeben zu sein. Referent berührt es wohltuend, daß auf die Notwendigkeit der Obduktion in allen Fällen hingewiesen worden ist, in denen die äußere Besichtigung nicht zur Ermittlung der Todesursache führt. Daß die Ausnahmen nur wenig behandelt wurden, liegt in der Natur eines solchen Büchleins. Bei der Blausäurevergiftung hätte auf die viel häufigere Zyankaliumvergiftung hingewiesen werden sollen. Dem zuerst an den Tatort gerufenen Polizeibeamten wird das Buch bei seiner klaren Fassung wertvolle Anhaltspunkte geben können und es wird daher den vom Verf. beabsichtigten Zweck durchaus erfüllen.

Medizinalrat PrivDoz. Dr. G. Straßmann, Breslau.

Edgar M. Foltin: Die chronisch erhöht Gefährlichen. Kriminologische Abhandlung. Wien 1927. Julius Springer. Heft 3. 137 Seiten. Preis 9,60 M.

Die Abhandlung des Innsbrucker Strafrechtsdozenten erhält ihren besonderen Wert dadurch, daß der Verf. die englischen Einrichtungen betr. Sicherungshaft an Ort und Stelle studiert hat, und über sie und die ihnen zugrunde liegenden Ges. und VO. eingehend berichtet. Im übrigen gewinnt man den Eindruck, daß seine Darlegungen weniger auf eigenen kriminalistischen Erfahrungen als auf theoretischen, sicherlich recht scharfsinnigen Spekulationen beruhen. Sie gehen hauptsächlich dahin, die Strafe, die er rein als Vergeltungsstrafe auffassen will, von den Besserungs- und Sicherungsmaßnahmen scharf zu trennen. Es ergibt sich daraus eine Gestaltung dieser letztgenannten, die, abgesehen von der Freiheitsentziehung, von aller sonstigen Übelzufügung absieht. Es ergibt sich weiter, daß Besserungs- oder, wenn diese als zwecklos gelten müssen, Verwahrungs- bzw. Sicherungsmaßregeln eigentlich auch stattzufinden haben bei erhöhter Gefährlichkeit, ohne daß es wirklich bereits zu einer Straftat gekommen ist. Verf. geht allerdings nicht soweit in der Konsequenz, daß er auch ohne Straftat Unterbringung in Besserungs- oder Verwahrungsanstalt für zulässig hält, widerspricht aber ganz besonders der Abhängigkeit einer solchen Unterbringung von den Voraussetzungen des Rückfalls, wie sie in unserem Strafgesetzentwurf niedergelegt sind. Diese schon anderweitig gegebene Anregung erscheint auch dem Berichterstatter beachtenswert, zweifellos kann eine Fülle von Straftaten, wenn sie auf einmal entdeckt wird, ebensogut die erhöhte Gefährlichkeit dartun, wie wenn sie nacheinander erkannt werden und bereits zu mehrfachen Verurteilungen geführt haben.

Wegen der einzelnen Vorschläge des Verf. betr. Entlassung, Schutzaufsicht usw. muß auf das lesenswerte Werk selbst verwiesen werden.

Geh. Medizinalrat Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

---

5. Militärstrafrecht.

Martin Rittau: Militärstrafgesetzbuch. Berlin 1926. Kameradschaft. Preis 6 M.

Eine für die Zwecke des Gerichts wie der Truppe gleich brauchbare Erläuterung des MStGB. in knapper Form. Durch die Bek. v. 16. Juni 1926 hat das Gesetz einschneidende Änderungen erlitten, welche durch die neue Wehrverfassung, den Wegfall des gemeinsamen Gebietes der gerichtlichen und der Disziplinarstrafe und durch neue Anschauungen bedingt wurden. Gerade den neuen Fassungen dient die Erläuterung in glücklicher Weise. Sehr übersichtlich ist der schwierige Abschnitt der Ehrenstrafen behandelt. Die neuen, den Zweikampf betreffenden Strafdrohungen sind eingehend besprochen. Für

die nächste Auflage wird empfohlen, eine Bearbeitung der recht schwierigen Bestimmungen der Standortsvorschrift über die Strafverfolgungs- und Ordnungsbefugnisse der Wachen einzugliedern.

Auf den 1926 in zweiter Auflage erschienenen Komm. des Verf. zum Wehrgesetz sei gleichzeitig hingewiesen.

LGR. Dr. Rissom, Flensburg.

6. Strafrechtsreform.

Dr. **Leopold Schaefer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927.** Mannheim 1927. J. Bensheimer.

Die Strafrechtsreform ist, nachdem der Entw. dem Strafrechtsausschuß des Reichstags vorliegt, in ein entscheidendes, man darf hoffen, in das Endstadium getreten. Zwischen dem Vorentwurf von 1909 und dem jetzigen Entw. liegt eine geraume Reihe von Jahren voll redlicher und mühevoller Arbeit, und dem jetzigen Entw. sind mehrfache andere vorausgegangen, so außer dem Vorentw. der Gegenentw., der Kommissionsentw. v. 1913, die Entw. v. 1919 und 1925. Schwer ist es für jeden, der sich eingehender mit dem Entw. beschäftigt, herauszufinden, wie sich die grundlegenden Gedanken und die einzelnen Bestimmungen in den verschiedenen Entw. entwickelt und zu der Fassung herauskristallisiert haben, die sie im jetzigen Entw. haben. Es ist daher mit Freude und Dank zu begrüßen, daß Ministerialrat Dr. Schaefer, einer der langjährigen und bewährtesten Mitarbeiter an der Strafrechtsreform, sich der Mühe unterzogen hat, eine synoptische Zusammenstellung des Textes der einzelnen Paragraphen des geltenden Rechtes, der Reichsrats- und der Reichstagsvorlage herzustellen und in einer vierten Spalte gleichzeitig anzugeben, wo die betr. Stelle im VE., im GE., im KommE., im E. 19 und in der Österr. Regierungsvorlage und dem Österr. GE. zu finden ist. Der Anhang enthält noch eine Gegenüberstellung der Paragraphen des StGB. mit denen der deutschen Entw. und eine Zusammenstellung der Vorschriften der deutschen und österreichischen Entw., die in die Reichstagsvorlage nicht übernommen sind. Eine mühevolle, mit größter Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit ausgeführte Arbeit. Das Schaefersche Buch, über 300 Seiten stark, ist für jeden, der sich mit der Reichstagsvorlage beschäftigt, ein unentbehrliches und höchst wertvolles Hilfsmittel.

Oberreichsanwalt a. D. Prof. Dr. Ebermayer, Leipzig.

Dr. jur. **Alfred Käferlein: Der Inzest, Geltendes Recht und Strafrechtsreform.** Illertissen 1926. Martinusbuchhandlung S. Sonntag. 102 S. Preis 1,80 ℳ.

Die Arbeit ist eine recht brauchbare Erlanger Dissertation über ein Thema, das in der letzten Zeit anfängt, Juristen und Rassetheoretiker wieder mehr zu beschäftigen. In der Auslegung der Bestimmungen des § 173 StGB. folgt der Verf. bewährten Vorbildern; viel Neues ist da nicht zu sagen; klare Darstellung des schon mehrfach Gesagten genügt. Nicht ganz klar ist die Darlegung der Schwägerschaftsverhältnisse; hier kann ich dem Verf. nicht folgen. — Ganz gut ist auch die Kritik an dem Entwurf 1925 §§ 263, 264; allerdings kann mich der Vorschlag der Änderung dieser Paragraphen nicht recht befriedigen, wenn auch zuzugeben ist, daß die Fassung des Entwurfs keineswegs gut ist. — Interessieren mag, daß der neue tschecho-slowakische Entwurf 1926 im § 259 die Verschwägerten wegläßt, und die Unzucht mit Stiefkindern und Adoptivkindern nur in § 260 als Unzucht mit einer anvertrauten Person behandelt. Die Begründung erwähnt die warnende Stimme der Natur, die alte ethische Anschauung, die Reinheit des Familienlebens und die rassehygienischen Gründe, deutet aber auch die Zweifel an der Bestimmung an. — In den dänischen Entwürfen stehen die Bestimmungen bei den Delikten im Familienverband; 1917 hatte Torp die Verschwägerten weggelassen, § 194, da ihre Hereinziehung veraltet sei; für die Verwandten ließ er nur die Sittenreinheit in der Familie als Grund gelten. Seit 1923, §§ 190—192, sind die Verschwägerten wieder aufgenommen, soweit zwischen ihnen die Ehe nach dem Gesetz vom 30. Juni 1922 absolut verboten ist. Neben dem Beischlaf ist auch anderer Geschlechtsverkehr bestraft. —

Die Hauptfrage ist hier die, ob Inzest überhaupt oder wie weit er strafbar sein soll. Der Verf. führt die verschiedenen Auffassungen darüber an; dazu ist aus 1926 noch der Aufsatz von E. Rosenfeld in der Aschaffenburgfestschrift S. 45 zu nennen. Der Verf. selbst tritt für Strafbarkeit auch der uneigentlichen Blutschande zwischen Verschwägerten ein, S. 78 f. Leider ist er der geschichtlichen Entwicklung nicht weit genug nachgegangen. Es ließe sich aus ihr wohl am ehesten ableiten, daß die Inzestschen keineswegs etwas Natürliches, sonders etwas allmählich Gewordenes, Anerzogenes ist, und daß kirchliche Anschauungen die Welt beherrscht haben. Noch fehlt die genaue Untersuchung der Inzestschen und ebenso die der sozialen Verhältnisse in den Ländern, die keine Strafbestimmung gegen den Inzest haben. Leider fehlt in der Arbeit auch eine Benützung der Kriminalstatistik, die dartut, welche Art Menschen für Blutschande bestraft werden. Volle Klarheit können nur sorgfältige Einzeluntersuchungen bringen, wie die von Viernstein und v. Hentig 1925, denen Nachfolge zu wünschen wäre. Auch die gewöhnlichen Beobachtungen der Verwandtenehen leiden noch an großer Oberflächlichkeit. Wenn tatsächlich Verwandtenehen schlechte Fortpflanzung ergeben haben, so muß jedesmal genauestens untersucht werden, woran das gelegen hat oder liegen konnte. Allgemeine Redensarten und gefühlsmäßige Beurteilung helfen hier gar nichts.

Wenn man wirklich vom eugenischen Standpunkt aus den Inzest verbieten und eindämmen will, dann darf mit Rosenfeld wohl gesagt werden, daß die Durchführung dieses Gedankens bisher eine höchst wenig folgerichtige ist. Auch muß dem Gesetzgeber dann der Vorwurf gemacht werden, daß er sofort straft, wo er erst zehnmal vorbeugend wirken müßte. Solange er aber Wohnungsverhältnisse, wie sie heute vielfach herrschen, duldet, ist seine Strafe für Blutschande meistens schweres Unrecht. — Der Gedanke des Jugendschutzes, der von wohlmeinenden Befürwortern der Strafbarkeit immer vorgebracht wird, hat mit der Inzestfrage gar nichts zu tun.

Alle Überlegungen können nur dazu führen, daß allein der Gedanke der Sittenreinheit in der Familie die Inzeststrafen tragen kann, wie das Torp a. a. O. gut darlegt. Daß aber hier die Strafe, die heute tatsächlich fast ausschließlich schon an sich verrohte und abnorme Menschen trifft, ein geeignetes Mittel ist, bezweifle ich sehr. Auch dieser Gedanke ist vom Gesetzgeber noch nicht klar durchdacht.

Wenn ich mich im „Sexus“, Bd. 4, 1926 S. 10 nicht energisch gegen die Bestrafung des Inzests aussprach, so tat ich das nur, weil ich einen heute zwecklosen Kampf bei jenem Vortrag nicht aufnehmen wollte, und weil ich vor einer vorhandenen Strafdrohung stehe, deren einfache Beseitigung allerdings genau überlegt werden muß.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

7. Ausländisches Strafrecht.

Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher. Herausgegeben von den Schriftleitungen der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft und der Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Berlin und Leipzig 1927. Verlag Walter de Gruyter & Co.

Bd. XLIV. **Japanische Strafgesetze.** I. Schwurgerichtsordnung vom 18. April 1923 und strafrechtliche Nebengesetze. Übersetzt von Hyoichiro Kusano, Reichsgerichtsrat in Tokio; Tadao Sugiura, Oberlandesgerichtsrat in Sapporo; Dr. jur. Fritz Bartelt in Berlin. II. Strafvollzugsgesetz vom 28. März 1908 nebst Ausführungsverordnung vom 16. Juni 1908. Übersetzt von Dr. jur. Toshita Tokiwa, Gerichtsassessor in Tokio; Dr. jur. Werner Gentz, Justizrat beim Strafvollzugsamt in Kiel. Mit 6 Abbildungen. Preis 3 ℳ.

Bd. XLVI. **Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926.** Gesetz Nr. 765. (Türkisches Gesetzblatt Nr. 320 vom 13. März 1926.) Das Ausführungsgesetz zum türkischen Strafgesetzbuch vom 26. April 1926. Deutsche Übersetzung von Dr. jur. Kurt Ziemke.

Dem Zuge der Internationalität, der durch die deutsche Rechtswissenschaft geht, trägt auch diese wertvolle Sammlung Rechnung. Ihre Durchsicht ist juristisch, historisch wie kulturwissenschaftlich gleich interessant. Leider verbietet der zur Verfügung stehende Raum, des näheren auf den Inhalt einzugehen. Vor dem Kriege waren 43 Bände erschienen, dann eine lange Pause. Es ist charakteristisch und erfreulich, daß jetzt die deutsche Rechtswissenschaft sich auch auf diesem Gebiete dem Studium des ausländischen Rechtes zuwendet.

(M.)

H. Lammasch: Grundriß des österreichischen Strafrechts. 5. Auflage. Neu bearbeitet von Dr. **Theodor Rittler,** Prof. der Rechte in Innsbruck. Wien 1926. Österr. Staatsdruckerei. XII und 448 S. Preis brosch. 16,40 ℳ, geb. 18,45 ℳ.

Die letzte noch von Lammasch selbst besorgte Auflage seines bekannten und vorzüglichen Grundrisses des österreichischen Strafrechts ist 1911 erschienen. Noch bei seinen Lebzeiten übertrug Lammasch, der sich immer mehr dem Völkerrecht zuwandte, Rittler die Aufgabe, die folgenden Auflagen zu bearbeiten; wohl immer eine schwierige und undankbare Aufgabe. Und nun

gar bei einem Werk, das so durchaus originell, keiner Schablone folgend, manches Mal fast eigenwillig seinen Weg geht, wie Lammaschs Grundriß. Es scheint mir fraglich, ob es überhaupt mehr als zwei fruchtbare Methoden der Bearbeitung eines fremden Werkes gibt, die bis zur Grenze des Möglichen erhaltende und ihr Gegenteil, wobei aber dann vom ursprünglichen Werk kaum mehr als der Name des ersten Urhebers übrig bleibt. Rittler hat sehr recht daran getan, die erstere zu wählen. Denn mag auch, was wir bezweifeln, im allgemeinen eine mittlere Methode gute Ergebnisse zeitigen, bei Lammasch hätte schon sie zerstörend gewirkt.

Ein äußerer Vergleich scheint freilich die Annahme Lügen zu strafen, die neue Auflage sei der alten sehr ähnlich. Früher ein schlankes Heftchen von zuletzt 146 Seiten, jetzt ein stattliches Buch von vierundeinhalb Hundert. Zum größeren Teil beruht aber die Zunahme des Umfanges auf der ungleich besseren äußeren Ausstattung, vor allem auf einem, den Augen wohltätigen großen Druck. Dann hatte R. den neuen Rechtsstoff der letzten 15 Jahre zu verarbeiten, eines Zeitraumes, der seit 1918 gerade an ergänzenden strafrechtlichen Nebengesetzen und Novellen sehr reich war. So sind der bedingte Strafnachlaß und die Tilgung der Verurteilung eingehender, die bedingte Entlassung kurz behandelt. Mit Recht hat R. die Darstellung auch dort erweitert, wo es der Stand der Theorie unabweisbar macht. Der Grundriß erörtert jetzt auch das Wesen der Sicherungsmittel und ihr Verhältnis zu den Strafen und bringt eine knappe Darlegung über Kriminalpolitik und den Schulenstreit mit einem Bekenntnis zur „dritten" oder mittleren Schule. An die Stelle von „Tatbestand und Sanktion" (§ 3) ist der erheblich erweiterte „Aufbau des Verbrechensbegriffes" getreten, der auf Beling fußt, der Abschnitt über die Schuld ist gleichfalls bedeutend erweitert, was an sich sehr zu begrüßen ist, nur vermag ich mich damit allerdings unter keinen Umständen zu befreunden, daß R. hier die doch wahrlich schon zur Genüge widerlegte Lehre vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum vorträgt. Und um die wesentlichsten kritischen Bedenken gleich zu erledigen, halte ich es nicht für zutreffend, wenn R., sozusagen päpstlicher als der Papst, die Übernahme der Lehre vom Mangel am Tatbestand durch Lammasch wieder beseitigt hat, weil er sie mit der subjektiven Versuchstheorie für nicht vereinbar hält. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist mit großer Sorgfalt berücksichtigt, die Neuerung gegenüber den früheren Auflagen, das Schrifttum nicht bloß nach dem Namen des Verfassers anzuführen, dankenswert.

Ich habe zu Eingang der Besprechung die Aufgabe, ein fremdes Werk zu bearbeiten, als undankbar bezeichnet. Vielleicht hätte ich besser von Entsagung gesprochen. Denn an Dank dafür kann und wird es R. nicht fehlen, daß er seine Arbeitskraft und sein Geschick der Einfühlung in fremde Eigenart mit so viel Erfolg dem Ziel gewidmet hat, Lammaschs Grundriß vor dem Veralten zu retten und dem empfindlichen Mangel an einer dem heutigen Stand entsprechenden wissenschaftlichen Darstellung des österreichischen Strafrechts abzuhelfen.

Prof. Dr. W. Gleispach, Wien.

Kommentar zum österreichischen Strafrecht. Herausgegeben von Dr. **L. Altmann** und Dr. **S. Jacob**, unter Mitwirkung von Dr. E. Höpler, Dr. E. Lohsing und Dr. K. Mager. Wien 1927. Verlag Manz. 1.—3. Lief. 144 S. Preis 1. Lief. S 2.40, 2. u. 3. Lief. S 4.80.

Und neues Leben blüht aus den Ruinen ... Jüngst erst hatte ich hier Lammasch-Rittlers Grundriß des österr. Strafrechts zu besprechen, man hört von anderen Neubearbeitungen, und nun liegen die ersten Lieferungen eines großen Kommentars vor, der das doppelte Wagnis nicht scheut, unser ganz veraltetes strafrechtliches Hauptgesetz im Zusammenhang mit über hundert Novellen und Nebengesetzen zu erläutern zu einer Zeit, da die Erneuerung unserer Strafgesetzgebung vor der Türe zu stehen scheint. Die Herausgeber freilich meinen, es könne auch dem neuesten StGEntwurf keine günstige Voraussage gestellt werden. Ich teile diesen Pessimismus weder für das Deutsche Reich noch für uns, aber das kann mich nicht hindern, mich der neu erwachten Arbeitslust zu freuen. Seit Jahrzehnten schon fehlte es an einem brauchbaren Komm., eine Lücke, die ganz besonders von den Praktikern schmerzlichst empfunden wurde.

Die vorl. Lieferungen bringen einen knappen Überblick über den geschichtlichen Werdegang der österr. Strafgesetzgebung, dann über Quellen und Schrifttum (8 S.), erläutern die neun Artikel des Kundmachungspatentes und behandeln sodann ausführlich die §§ 1 bis 41 des StGB., nach der Anlage unseres Gesetzes also den größeren Teil der wichtigsten allg. Vorschriften. Trotzdem ist selbstverständlich derzeit, da nicht ein Zehntel des Werkes erschienen ist, ein abschließendes Urteil nicht möglich, zumal es sich erst zeigen muß, inwieweit trotz der großen Zahl der Mitarbeiter die Einheitlichkeit des Werkes gewahrt sein wird und bisher nur einer der Verfasser (Altmann) zum Wort gekommen ist. Was der Komm. will, ist aber bereits klar ersichtlich: den Bedürfnissen der in der Rechtsanwendung Tätigen dienen, so wie sie von ihnen in der Regel empfunden werden; und das zu bieten, ist den vorl. Lieferungen vollkommen gelungen. Kurze Darlegung der allg. Probleme, knappste Literaturnachweise, leider auch dort auf das österr. Schrifttum beschränkt, wo das deutsche nicht entbehrt werden kann, ausführliche Wiedergabe der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, die zwar nicht immer gebilligt wird, der aber mehr kritische Schärfe sehr zustatten käme, sehr viele gut gewählte Beispiele, die in der Darstellung stark hervortreten, da und dort die abstrakte Behandlung geradezu verdrängend, sorgfältige Verfolgung von Einzelheiten, die praktisch bedeutsam sind (z. B. Ehrenfolgen, 110 ff.), keine strenge Ausscheidung des Prozeßrechtes, sondern vielmehr zahlreiche Hinweise auf die prozeßrechtl. Bedeutung und Behandlung strafrechtl. Fragen bieten die Gewähr dafür, daß sich kaum ein „Fall" ergeben wird, in dem der Rechtsanwender den Komm. vergeblich zu Rate ziehen würde. In den vorl. Lieferungen findet er nicht nur stets die herrsch. Lehre, sondern auch selbständige Ansichten des Verf. (z. B. über den dolus indirectus S. 30 ff.), die aber, wohl dem Programm des Komm. entsprechend, sozusagen nicht mit werbender Kraft vorgebracht werden.

Die Form des „Systems" drängt zu wissenschaftlicher Höhe, die des Komm. läßt sie leicht zu kurz kommen. Daß dem letzteren nicht so sein müsse, hat am glänzendsten Frank bewiesen, ohne daß es der Verbreitung seines Werkes geschadet hätte. Das Ideal des Komm., gerade auch für die Rechtsanwendung, läßt es an Entgegenkommen gegenüber den begreiflichen, aber objektiv nicht durchaus nützlichen Wünschen der Rechtsanwender bei seiner Form in der Hauptsache bewenden, und führt seine Leser durch seinen Inhalt zu wissenschaftlicher Höhe. Von diesem Standpunkt aus sind mir z. B. die Erläuterungen zum Begriff des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit zu knapp und unscharf geraten, bedeutet das Fehlen einer Erörterung des Schuldbegriffes eine Lücke, spielen die Beispiele und argumenta ad hominem bei der Entsch. von Streitfragen eine zu große Rolle, kann ich es nicht gerechtfertigt finden, wenn ein dogmatisch so wichtiger Begriff, wie der des Tatbestandes, um dessen Klärung sich gerade das jüngste Schrifttum nicht ohne Erfolg bemüht, mit einer Zeile erledigt wird. Freilich wird man eines nicht vergessen dürfen: unsere Rechtsanwender mußten, aus verschiedenen Gründen, durch mehr als ein Jahrzehnt frischer literarischer Nahrung fast ganz entraten. Und da mag es richtig sein, mit leichterer Kost zu beginnen. Jedenfalls begrüßen wir das neue Werk und behalten uns eine ausführlichere Besprechung für den Zeitpunkt vor, in dem es vollständig erschienen sein wird.

Prof. Dr. Gleispach, Wien.

Grundriß des Militärstrafrechts. Von Dr. **Georg Lelewer,** Professor der Rechte usw. in Wien. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. Wien 1927. Verlag der österreichischen Staatsdruckerei.

Das österr. Militärstrafrecht hat im letzten Jahrzehnt fast die gleichen Schicksale erlebt, wie unser deutsches. Die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht und die Aufstellung eines, zahlenmäßig kleinen, Berufsheeres berührten das materielle Strafrecht unmittelbar. Beeinflußt ist es, wie bei uns, weiter durch die Abschaffung der Militärstrafgerichtsbarkeit im Frieden, die wieder nunmehr fast jeden Strafrichter, Staatsanwalt und Verteidiger in die Lage bringen kann, es praktisch anzuwenden. Unter diesen nimmt die Zahl derer, die keinen Truppendienst mehr geleistet haben und daher mit den militärischen Verhältnissen und Dienstvorschriften nicht näher vertraut sind, naturgemäß ständig zu. Dem hierdurch entstandenen Bedürfnisse nach einer, auch die Erfahrungen des Weltkrieges berücksichtigenden Darstellung des geltenden Militärstrafrechts, die auch dem Laien in militärischen Dingen die erforderliche Grundlage für das Verständnis dieses Sondergebiets bietet, dient das Buch von Lelewer, das eine gründliche, den veränderten Verhältnissen angepaßte Neubearbeitung der i. J. 1909 erschienenen 1. Aufl. darstellt. Bestimmt ist es in erster Linie für Österreich, gut verwendbar aber auch in der Tschechoslqwakei sowie in Ungarn, in denen das alte österr.-ungar. MilStG. im wesentlichen noch in Geltung ist; dessen Abänderungen in der Tschechoslowakei sind besonders aufgeführt. Daneben geben die allgemeinen Erörterungen wertvolle Anhaltspunkte auch für die wissenschaftliche Bearbeitung unseres deutschen Militärstrafrechts. Ebenso wird der deutsche Praktiker bei der vielfachen Gleichheit der Tatbestände (so insbes. Fahnenflucht, Ungehorsam usw.) und der häufigen Heranziehung der deutschen Rspr. und unseres Schrifttums im einzelnen Falle mannigfache Belehrung in ihm finden.

Reichsgerichtsrat Lorenz, Leipzig.

Amerikanische Gefängnisse und Erziehungsanstalten. Ein Reisebericht von Dr. **M. Liepmann,** Professor an der Universität Hamburg. Heft 11 der vom Verf. heraus-

gegebenen Hamburger Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Mannheim 1927. Verlag J. Bensheimer.

Eine Schilderung aus der Feder des hervorragenden Kenners des Strafvollzugsrechts, die wegen der Objektivität der Darstellung größte Beachtung verdient, vollends heute, da das Augenmerk der Welt mehr als je auf die amerikanische Strafrechtspflege gerichtet ist.
D. S.

---

8. Preßrecht.

Dr. jur. **Häntzschel**, Ministerialrat im Reichsministerium des Innern. **Reichspreßgesetz und die übrigen preßrechtlichen Vorschriften des Reichs und der Länder.** Berlin 1927. Carl Heymanns Verlag. 313 S. Preis Lw. geb. 14 ℳ.

Dieser Kommentar zum RPreßG. des durch zahlreiche wertvolle preßrechtliche Einzelveröffentlichungen wohlbekannten Verfassers, der als Referent für Presserecht im Reichsinnenministerium mit Recht eine ganz besondere Autorität genießt, ist nicht nur eine außerordentlich bedeutsame Bereicherung des preßrechtlichen Schrifttums, sondern des juristischen Schrifttums überhaupt.

Man muß dem Verf. für diese Arbeit Dank wissen. Sie füllt eine Lücke aus, die sich für jeden, der sich mit preßrechtlichen Fragen zu beschäftigen hat, in letzter Zeit stark fühlbar machte. Diese Feststellung soll keineswegs eine Schmälerung der Verdienste bedeuten, welche sich Kitzinger mit seinem i. J. 1920 erschienenen, wissenschaftlich grundlegenden Kommentar (vgl. v. Lilienthal: JW. 1920, 950) erworben hat, sondern es soll hiermit nur gesagt sein, daß dem Werk von Häntzschel eine Bedeutung für die Praxis zukommt, die schlechterdings nicht zu überbieten ist. Dabei steht das Werk auch wissenschaftlich auf höchster Stufe. Keine der zahlreichen Streitfragen bleibt unerörtert; überall eine fast lückenlose Zitierung und Würdigung der umfangreichen Rechtsprechung und des Schrifttums.

Selbstverständlich ist es, daß der Verf. alle diejenigen Bestimmungen besonders eingehend besprochen hat, deren Anwendung in der Praxis am häufigsten ist; z. B. § 1 (Pressefreiheit), § 7 (verantwortlicher Redakteur), § 11 (Berichtigungszwang), § 17 (Veröffentlichungen aus Strafprozeßakten), § 20 ff. (Verantwortlichkeit für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen).

Der Verf. schließt sich bei der Besprechung des Verhältnisses des PreßG. zu anderen Gesetzen mit Recht der herrschenden, nur ganz ausnahmsweise von den Gerichten nicht angenommenen Meinung (vgl. z. B. aus neuerer Zeit das leider rechtskräftig gewordene Urt. einer K. f. H. beim LG. Mainz v. 2. Dez. 1926) an, daß § 1 PreßG. nicht der Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften über den Erlaß einstweiliger Verfügungen entgegensteht, z. B. im Falle einer Beleidigung. Die „Freiheit der Presse", die in § 1 des Gesetzes verkündet wird, besteht ausschließlich auf dem der Presse ureigensten Gebiete der Erörterung und Kritik öffentlicher Angelegenheiten. Soweit die Tendenz oder der Geist eines Presseerzeugnisses in Frage kommt, soll es keine anderen Beschränkungen geben als diejenigen, die durch § 1 des Ges. vorgeschrieben oder zugelassen sind (vgl. hierzu Schwarze-Appelius, Komm. z. PreßG. Anm. 1 zu § 1). Wenn sich aber die Presse außerhalb ihres Gebietes der Erörterung und der Kritik öffentlicher Angelegenheiten in den Dienst der Beziehungen zwischen Individuum und Individuum stellt oder selbst ihren Konflikt mit einem einzelnen in ihren Spalten bespricht, gilt ihr, d. h. dem Verleger gegenüber, nichts anderes als gegenüber jedem anderen Rechtssubjekt.

Bei der Erörterung des Begriffs des verantwortlichen Redakteurs (S. 54 ff.) bekennt sich Häntzschel zu einer zwischen der Stellungs- und Tätigkeitstheorie vermittelnden Meinung. Der von ihm geprägten Definition des Begriffs des verantwortlichen Redakteurs ist in allen Punkten als zutreffend und erschöpfend zuzustimmen.

Mit Recht leugnet der Verf. die noch von mancher Seite, so auch von Kitzinger, angenommene privatrechtliche Natur des Berichtigungsanspruchs und lehnt hiermit auch die Möglichkeit der privatrechtlichen Erfüllungsklage ab. Für die Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters des Berichtigungsanspruchs weist der Verf. mit vollem Recht auf die noch nicht überall erkannte Analogie in dem staatlichen Strafanspruch in allen denjenigen zahlreichen Fällen hin, in denen kraft Gesetzes die Durchführung vom Antrag des Verletzten abhängig gemacht ist. Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift wird m. E. mit Recht für ihren öffentlich-rechtlichen Charakter herangezogen.

Außerordentlich eingehend sind die Bestimmungen über die Preßvergehen (§ 20 ff.) erläutert. Allein die §§ 20—22 werden, einschließlich einer ungewöhnlich wertvollen Vorbemerkung, auf nicht weniger als 70 Seiten erörtert. Welche Fülle von Arbeit gerade in diesen Erläuterungen enthalten ist, vermag nur derjenige zu ermessen, der sich selbst mit den hier besprochenen Materien zu beschäftigen gezwungen ist; geradezu staunenswert ist, mit welcher Gründlichkeit und Vollständigkeit alle hier in Betracht kommenden, an die Grundprobleme des Strafrechts rührenden Fragen kritisch behandelt werden. Es würde über den Rahmen dieser Besprechung zuweit hinausgehen und der Bedeutung der Leistung des Verf. nur sehr wenig gerecht werden, würde man auf Einzelheiten eingehen. Deshalb möchte ich mich darauf beschränken, allen, die sich von Berufs oder Amts wegen mit dem Pressestrafrecht zu befassen haben, das Studium dieses Abschnitts besonders zu empfehlen; leider nur zu oft muß man die Wahrnehmung in den Gerichtssälen machen, daß das PreßG. den Amtspersonen ein Buch mit sieben Siegeln ist.

Sehr verdienstvoll und auch hierbei die meisterliche Beherrschung und Durchdringung der komplizierten Materie beweisend, ist die Auswahl der dem Kommentar beigegebenen übrigen preßrechtlichen Vorschriften des Reichs und der Länder, wozu der Verfasser auch die Bestimmung des § 193 StGB. rechnet.

Alles in allem ein ungewöhnlich wertvolles Buch, das über die Geltungsdauer des jetzigen PreßG. hinaus dauernde Bedeutung haben wird und nur den einen Wunsch aufkommen läßt, daß der Verfasser berufen sein möge, an maßgebender Stelle bei der Gestaltung des neuen PreßG. mitzuwirken.

RA. Dr. Franz Fabian, Berlin.

Vereinigungen.

Internationale Kriminalistische Vereinigung

(Deutsche Landesgruppe).

Mitgliederversammlung, Karlsruhe v. 11. bis 14. September 1927.

Tagesordnung:

Sonntag, 11. September:

5 Uhr: Vorstandssitzung im Gebäude des Landtags.

8 Uhr: Begrüßung durch den Herrn Oberbürgermeister der Stadt Karlsruhe in der Glashalle der Stadtgartenwirtschaft.

Montag, 12. September:

9 Uhr vormittags: Beratung über „Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs".

Referenten: Prof. Dr. Kohlrausch (Berlin), Senatspräsident am Reichsgericht Reichert (Leipzig) und Prof. Dr. med Aschaffenburg (Köln).

Am Abend: Empfang durch den Herrn Staatspräsidenten und das Staatsministerium.

Dienstag, 13. September:

9 Uhr vormittags: Beratung über „Die kriminalpolitischen Grundgedanken des Entwurfs eines Deutschen Strafvollzugsgesetzes".

Referenten: Prof. Dr. Liepmann (Hamburg) und Justizrat Dr. Gentz (Kiel).

Am Nachmittag: Konzert im Stadtgarten.

Am Abend: Gemeinschaftliches Essen im Hotel Germania. (Trockenes Gedeck 5 ℳ).

Mittwoch, 14. September:

Ausflug mit Postkraftwagen über Herrenalb, Schwarzenbach-Talsperre, Hundseck nach Baden-Baden. (Kosten der Fahrt etwa 10 ℳ).

Die Verhandlungen finden in den Räumen des Badischen Landtags statt. Vom Montag, dem 12. September, 8 Uhr vormittags ab befindet sich dort eine Auskunftstelle.

Besondere Veranstaltungen für die Damen der Teilnehmer werden am Begrüßungsabend bekanntgegeben.

Anmeldungen zur Tagung werden erbeten an Herrn Dr. Elster, Berlin W 10, Genthiner Straße 38. Die Teilnehmergebühr beträgt für Mitglieder der JKV. 3 ℳ, für Nichtmitglieder 10 ℳ, zahlbar jetzt oder in Karlsruhe.

Anmeldungen als Mitglied der JKV. nimmt gleichfalls Herr Dr. Elster entgegen. Der Jahresbeitrag beträgt 12 ℳ (für Referendare 3 ℳ). Rückständige Mitgliederbeiträge bitte mit einzusenden. Der Bericht über die Bonner Tagung ist inzwischen verschickt worden und geht den noch nachträglich den Beitrag einsendenden Mitgliedern nach Eingang des Betrages zu.

Wohnungen vermittelt das Verkehrsamt der Stadt Karlsruhe.

Die Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen

veranstaltet vom 8. bis 10. September d. J. den

7. Deutschen Jugendgerichtstag

in Stuttgart (Württemberg).

Das in der Tagung bearbeitende Thema lautet:

„Die Durchführung des Jugendgerichtsgesetzes als Personenfrage"

Nach einem einleitenden Vortrag von

Prof. Dr. Alois Fischer, München: „Der Wert der Persönlichkeit in der Jugendstrafrechtspflege"

folgen Referate von

Amtsgerichtsrat Clostermann, Bonn: „Der Jugendrichter",
Prof. Dr. Müller-Heß, Bonn: „Der Jugendgerichtsarzt",
Staatsanwalt Dr. May, Darmstadt: „Der Jugendstaatsanwalt",
Stadtrat Friedländer, Berlin: „Der Leiter der Jugendgerichtshilfe",
Fräulein Zillken, Dortmund: „Der Jugendgerichtshelfer",
Ministerialrat Dr. Starke, Dresden: „Der Strafvollzugsbeamte".

Teilnehmergebühr 4 ℳ.

Anmeldungen erbeten an Fräulein Elsa v. Liszt, Charlottenburg, Hardenbergstr. 19.

Hygiene-Akademie Dresden.

Fortbildungslehrgang für Richter, Staatsanwälte, obere Verwaltungsbeamte und Rechtsanwälte über „Ausgewählte Kapitel der sozialen Hygiene" vom 24.—29. Oktober 1927.

1. Tag: a) Einleitender Vortrag.
b) Das Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom ärztlichen, juristischen, verwaltungstechnischen und wohlfahrtspflegerischen Standpunkt aus.

2. u. 3. Tag: Psychopathie, Psychosen, Schwachsinn und organische Defektzustände in der Rechtspflege.
4. Tag: Gewerbekrankheiten und Unfallgesetzgebung.
5. Tag: Das neue Nahrungsmittelgesetz.
6. Tag: Möglichkeiten und Grenzen bakteriologischer und serologischer Begutachtung mit besonderer Berücksichtigung der Blutgruppenforschung.

Ihre Mitwirkung an dem Lehrgang haben bisher zugesagt die Herren Prof. Dr. Beythien, Prof. Dr. Galewsky, Gerichtsmed.-Rat Dr. Oppe, Prof. Dr. Reiß, PrivDoz. Dr. Saupe, Prof. Dr. Thiele, Dr. Schiff, PrivDoz. Dr. Schob, Prof. Dr. Weisbach.

Mit dem Lehrgang sind entsprechende Besichtigungen und Gelegenheit zu sportlichen Übungen verbunden.

Die Teilnehmergebühr beträgt 30 ℳ.

Anmeldungen werden baldigst an das Sekretariat der Hygiene-Akademie, Dresden-A. 1, Zirkusstr. 38, erbeten.

Zwölfter Deutscher Notartag.

(11., 12. und 13. September 1927 in Köln.)

Sonntag, den 11. September:

17 Uhr: Begrüßung im Zivilkasino, Augustinerplatz 7.
$^1/_2$ 20 Uhr: Gemeinschaftliches Festessen mit Damen im Gürzenich (Martinstr. 29—33). (Gesellschaftsanzug erbeten).

Montag, den 12. September:

9 Uhr: Eröffnung des Zwölften Deutschen Notartages in der Aula der Universität, Claudiusstraße 1.

Tagesordnung:

1. Bericht über die bisherige Entwickelung des Deutschen Notarvereins seit dem letzten Notartag in Heidelberg.
2. Rechnungslegung und Entlastung.
(Zu 1 und 2 Berichterstatter: Geheimer Justizrat Dr. Oberneck.
3. Vortrag des Justizrat Dr. Bing (Mainz): Einführung von Notariatskammern in denjenigen Ländern Deutschlands, in denen diese Einrichtung noch nicht besteht.

Für die Damen:

10 Uhr und 16 Uhr: Besichtigung der Sehenswürdigkeiten von Köln (in Gruppen von etwa 20 Personen).
19 Uhr: Festvorstellung im Opernhaus.

Dienstag, den 13. September:

9 Uhr: Abfahrt im Sonderzug bis Bonn.
10 Uhr: Abfahrt im Sonderdampfer bis in die Höhe von Linz-Remagen. Anlegen in Königswinter etwa $^1/_2$ 14 Uhr. Von dort Fahrt zum Petersberg. $^1/_2$ 15 Uhr gemeinschaftliches Mittagessen auf dem Petersberg. 18 Uhr Abfahrt von Königswinter mit Schiff bis Köln. Dort Schlußtrunk in der „Ewigen Lampe".

Zur Dampferfahrt ladet der Rheinische Notarverein ein.

Kleinere Aufsätze.

Akteneinsicht des Verteidigers in Haftsachen.

Das Ges. zur Abänderung der StPO. v. 27. Dez. 1926 hat dem in Untersuchungshaft genommenen Angeschuldigten das Recht gegeben, zu verlangen, daß über Fortdauer der Untersuchungshaft durch das Gericht nach mündlicher Verhandlung entschieden werde. Diese segensreiche Bestimmung der Novelle wird aber durch die nicht abgeänderten Vorschriften der StPO. in § 147, oder mindestens die Auslegung, die diese Vorschriften bei Gericht und der StA. finden, zuungunsten des Angeschuldigten in ihrer Wirkung in hohem Grade abgeschwächt. § 147 StPO. regelt die Voraussetzungen, unter denen dem Verteidiger Einsicht in die Gerichtsakten zu gewähren ist, und bestimmt in seinem Abs. I, daß die unbedingt freie Akteneinsicht dem Verteidiger erst nach Schluß der Voruntersuchung oder, falls eine solche nicht stattgefunden hat, erst nach Einreichung der Anklageschrift zu gewähren ist.

Diese Voraussetzungen liegen bei Stellung des Antrages auf Verhandlung über Fortdauer der Untersuchungshaft in der Regel nicht vor. Der Verteidiger hat also keinen Anspruch darauf, vor diesem wichtigen Termin die Akten einzusehen und durch diese Einsicht die Belastungsmomente, die er zu bekämpfen hat, kennenzulernen.

Erträglich mag dies noch dann sein, wenn eine Voruntersuchung stattfindet und der Antrag während der Voruntersuchung gestellt wird; denn dann findet die Bestimmung des § 147 Abs. II StPO. Anwendung, wonach ihm wenigstens die Akteneinsicht zu gewähren ist, wenn der Untersuchungszweck nicht gefährdet ist.

Viel schlimmer ist dies aber in den Sachen, wo eine Voruntersuchung nicht stattfindet, wenn also die Verhandlung während des Ermittlungsverfahrens notwendig wird. Hier stellt sich nämlich Gericht und StA. vielfach auf den Standpunkt, daß Gerichtsakten überhaupt noch nicht vorliegen, sondern lediglich staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten, und sie berufen sich dafür auf Löwe-Rosenberg, § 147, 5a.

Dies hat zur Folge, daß die Akteneinsicht von dem Gericht überhaupt zu verweigern ist, und die Entsch., ob sie zu gewähren ist, der StA. obliegt.

Hier ist die allgemeine, an die StA. gerichtete, ministerielle Verf. v. 30. Dez. 1918 (JMBl. 1919, 4), die wenigstens für Preußen der StA. die Auflage macht, unter den ähnlichen Voraussetzungen wie § 147 Abs. II StPO. dem Verteidiger die Akteneinsicht zu gewähren, nicht ausreichend, um dieses Recht des Verteidigers zu gewährleisten.

Wenn also der oben wiedergegebene Standpunkt richtig ist, wird häufig gerade in den Fällen, wo der Angeschuldigte, weil er krank ist oder sich in einem vom Verhandlungsort weit entfernten Untersuchungsgefängnis befindet, einen Verteidiger haben muß, dieser von Angeschuldigten unzureichend informiert zu einer Verhandlung zugezogen, in der er überhaupt nicht in der Lage ist, die Interessen des Angeschuldigten wirksam zu vertreten.

Der Standpunkt ist aber nicht richtig.

Das Gericht und nicht die StA. ist zur Entsch. über Gewährung der Akteneinsicht an den Verteidiger im Rahmen des § 147 Abs. II StPO. berufen.

Dies ist auch das einzig Praktische. Auf einen auf Akteneinsicht gerichteten Antrag wird die StA. mangels Vorliegen der bei Gericht befindlichen Akten und dem damit verbundenen Fehlen der Prüfungsmöglichkeit, ob etwa die Einsicht den Untersuchungszweck gefährden könne, zunächst vor Rückerlangung der Akten überhaupt nicht entscheiden können.

Alle diese Erwägungen ergeben:

De lege ferenda ist Abänderung des § 147 StPO. dahin zu fordern:

„Der Verteidiger ist in jeder Lage des Verfahrens zur Akteneinsicht befugt."

Bis eine solche Gesetzesänderung aber erreicht ist, wird eine allgemeine Anweisung der JustMin. der einzelnen Länder dahin zu fordern sein, daß in Haftsachen dem Verteidiger immer Einsicht in die Ermittlungsakten zu gewähren sei. Nur so wird man dem Geist der Novelle der StPO. gerecht werden.

RA. Dr. Walter Eylenburg I, Breslau.

Kann der Strafantrag auf einen Teil der in einem Schriftstück oder Preßerzeugnis enthaltenen Beleidigung beschränkt werden?

Man sollte meinen, diese Frage stellen, hieße sie verneinen. In der Praxis begegnet man aber nicht selten der gegenteiligen Ansicht, daß die obige Frage zu bejahen sei. Ihre Vertreter können sich für ihre Rechtsauffassung sogar auf eine Entsch. des RG. (RG. 8, 377) berufen. Eine Erörterung obiger Frage erscheint deshalb nicht so überflüssig, als es zunächst den Anschein hat.

Zur Klarstellung sei vorausgeschickt, daß die gestellte Frage sich nicht auf diejenigen Fälle bezieht, in denen ein Schriftstück oder Preßerzeugnis mehrere selbständige Beleidigungen enthält. Das ergibt sich schon aus der in der Überschrift enthaltenen Singularform „Beleidigung". Daß bei einer Mehrheit von Beleidigungen der Verletzte den Strafantrag nur wegen der einen oder anderen Beleidigung stellen kann, ist selbstverständlich und bedarf deshalb keiner Erörterung. In Fällen solcher Art kommt eine Beschränkung des Strafantrags nur hinsichtlich der Beleidigungsfälle, nicht dagegen in bezug auf die beleidigende Handlung des einzelnen Falles in Betracht.

Auszuscheiden für die vorl. Erörterung haben ferner diejenigen Fälle, in denen der Antragsteller klar zu erkennen gegeben hat, daß er, falls der von ihm gewollten Einschränkung nicht entsprochen werde, eine Strafverfolgung überhaupt nicht wolle. Ein derartig beschränkter Strafantrag würde der Rechtswirksamkeit überhaupt ermangeln.

Die oben gestellte Frage ist hiernach dahin zu verstehen, ob ein rechtswirksam gestellter Strafantrag auf einen Teil der beleidigenden Handlung beschränkt werden kann.

Zur Erläuterung diene folgender Fall:

A. hat den B. dadurch beleidigt, daß er in Beziehung auf ihn in einem an C. gerichteten und an diesen abgesandten Brief fünf verschiedene nicht erweislich wahre Tatsachen behauptet hat, die diesen in der öffentl. Meinung herabzuwürdigen geeignet sind. B. stellt gegen A. wegen vier dieser Behauptungen unter Erhebung von Privatklage Strafantrag. In der Hauptverhandlung überreicht der als Zeuge vernommene C. dem Gericht den in Frage kommenden Brief, der verlesen wird. Hierdurch erhält der erk. Richter Kenntnis von der in der fünften Behauptung enthaltenen, im Strafantrag nicht erwähnten beleidigenden Äußerung.

Nimmt man mit der im Schrifttum herrschenden (vgl. LpzKomm. 3. Aufl. Einleitung XVI N. 4c Abs. 2; Olshausen, StGB. 10. Aufl. § 73, 19 II c α; Frank, StGB. 15. Aufl. § 73 III 3 b), m. E. zutreffenden Meinung an, daß alle in dem Briefe enthaltenen beleidigenden Äußerungen eine Tat darstellen, weil sie zum mindesten durch die einen Teil der beleidigenden Handlung bildenden Absendung des Briefes zu einer Handlung zusammenfließen, so fragt es sich, ob die im Strafantrag nicht mit erwähnte fünfte beleidigende Behauptung mit zum Gegenstande der Urteilsfindung zu machen ist.

Hiervon hängt insbesondere auch die Beantwortung folgender Fragen ab:

1. Kann B., wenn A. bez. der fünften Behauptung Wahrheitsbeweis antritt, der Erhebung dieses Beweises widersprechen, weil diese Beleidigung gar nicht Gegenstand des Strafantrags sei?

2. Kann der Richter, wenn er dem A. bez. der im Strafantrag erwähnten beleidigenden Äußerungen den Schutz des § 193 StGB. zubilligt, ihn trotzdem wegen der fünften Äußerung verurteilen, weil bez. dieser die Voraussetzungen des § 193 StGB. nicht vorliegen?

Die Entsch. aller dieser Fragen hängt im gedachten Falle davon ab, welche Beantwortung die in der Überschrift gestellte Frage zu finden hat.

Sie ist m. E. zu verneinen.

Das ergibt sich nicht nur aus dem in § 63 Satz 1 StGB. aufgestellten Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags, sondern auch daraus, daß der Strafantrag nach § 61 StGB. die Verfolgung einer bestimmten Handlung zum Gegenstande hat. Unter dieser ist ebenso wie unter dem Begriffe „Tat" in § 264 StPO. der geschichtliche Vorgang zu verstehen, der der Beschuldigung zugrunde liegt. Ihn hat der erk. Richter nach § 264 StPO. so, wie er sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt, zum Gegenstand der Aburteilung zu machen.

Mit diesem Fundamentalgrundsatz der StPO. wäre das Recht, den Strafantrag auf einen Teil einer Beleidigung zu beschränken, völlig unvereinbar.

Den Vertretern der gegenteiligen Ansicht ist zuzugeben, daß die hier vertretene Auffassung in der Praxis unter Umständen zu bedauerlichen Härten führen kann.

Man denke z. B. daran, daß im obigen Beispiel B. die fünfte beleidigende Behauptung im Strafantrag absichtlich nicht mit erwähnt hat, weil er deren gerichtliche Erörterung aus irgendeinem triftigen Grunde, vielleicht aus Rücksicht auf den Gesundheitszustand seiner Frau, unbedingt vermeiden möchte. Daß B. in diesem Falle bei dem hier vertretenen Standpunkt vor die Wahl gestellt ist, entweder von Stellung eines Strafantrags abzusehen und so auf eine Bestrafung des A. überhaupt zu verzichten oder die Erörterung des der fünften Behauptung zugrunde liegenden Vorgangs mit in den Kauf zu nehmen, ist für B. namentlich dann bedauerlich, wenn die im Strafantrag erwähnten beleidigenden Behauptungen der Art sind, daß B. sie nicht auf sich sitzen lassen kann, ohne schweren moralischen oder wirtschaftlichen Schaden zu erleiden.

Offenbar ist das Bestreben, Härten solcher Art zu vermeiden, der Grund, aus dem die Meinung verfochten wird, daß nur die im Strafantrag erwähnten Äußerungen Gegenstand des Strafantrags seien, daß also auch dessen Beschränkung auf einen Teil einer Beleidigung zulässig sei.

Die Vertreter dieser Ansicht machen hierzu insbes. geltend, daß der in § 63 StGB. ausgesprochene Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags sich nur auf die Mehrheit von Beteiligten beziehe.

Dem ist aber nicht beizutreten.

Der in Satz 1 des § 63 StGB. aufgestellte Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags findet seine Erklärung darin, daß die in Frage kommende strafbare Handlung Gegenstand des Strafantrags ist (§ 61 StGB.). Hieraus ergibt sich naturgemäß, daß die Unteilbarkeit sowohl sachlich wie persönlich zu verstehen ist. Da letzteres vielleicht Zweifeln begegnen könnte, hat der Gesetzgeber, offenbar zur Vermeidung von solchen, die Folge des im ersten Satze ausgesprochenen Grundsatzes der Unteilbarkeit für den Fall der Mehrheit von Beteiligten in einem zweiten Satze noch ausdrücklich hervorgehoben. Dagegen muß es als geradezu ausgeschlossen angesehen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er die Unteilbarkeit des Strafantrags nur hinsichtlich einer Mehrheit von Beteiligten, nicht aber sachlich gewollt hätte, dies nicht in einem Satze klar zum Ausdruck gebracht hätte. Die Annahme, der Gesetzgeber habe mit dem zweiten Satze zum Ausdruck bringen wollen, daß die im ersten Satze lapidar ausgesprochene Unteilbarkeit sich nur auf den Fall der Mehrheit Beteiligter beziehe, schlägt jeder Gesetzestechnik ins Gesicht.

Es ist auch gar kein innerer Grund abzusehen, weshalb der Gesetzgeber eine Beschränkung des Strafantrags nach der sachlichen Seite hätte zulassen, bez. der Mehrheit von Beteiligten aber hätte ausschließen wollen. Die Unteilbarkeit des Strafantrags im letzteren Sinne kann praktisch zu gleichen Härten führen wie die im sachlichen Sinne.

Unlösbar erscheint mir auch die Frage, wie die Zulässigkeit der Beschränkung des Strafantrags auf einen Teil der ihm zugrunde liegenden Handlung mit der Bestimmung des § 264 StPO. in Einklang gebracht werden soll. Nach dieser muß der erk. Richter die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung darstellt, zum Gegenstande der Aburteilung machen. Für diese Verpflichtung des Richters ist es — was die obenerwähnte Entsch. des RG. (RG. 8, 377) m. E. verkennt — ohne Belang, ob der Eröffnungsbeschl. das Schriftstück in seiner Gesamtheit oder nur bez. eines Teiles als beleidigend angesehen hat.

Würde man dem Antragsteller das Recht einräumen, den Richter auf einen Teil der Tat bei der Urteilsfindung zu beschränken, so würde dies eine nach § 264 StPO. unzulässige Beschränkung des richterlichen Kognitionsrechtes darstellen. Durch diese Bestimmung hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, den erk. Richter von der Prüfung eines Teiles der seiner Urteilsfindung zugrunde liegenden Tat auszuschließen, mit gutem Grunde im Interesse einer gerechten und billigen Rechtsprechung ausgeschaltet. Denn gerade der Teil der Handlung, der durch die Beschränkung des Strafantrags von der Urteilsfindung ausgeschlossen werden soll, kann von größter Bedeutung dafür sein, daß die im Strafantrage erwähnten Teile der Tat eine gerechte Beurteilung finden.

Bei allen Antragsdelikten hat der zur Stellung des Strafantrags Berechtigte zwar die Befugnis, die Verfolgung der strafbaren Handlung dadurch zu verhindern, daß er den zur Strafverfolgung erforderlichen Strafantrag nicht stellt. Stellt er ihn aber, so hat die Strafverfolgung im gesetzlichen Rahmen zu erfolgen.

Führt dies zu Härten der obengedachten Art, so ist dies zwar bedauerlich. Das persönliche Interesse des Antragstellers, solche durch Beschränkung des Strafantrags auf einen Teil der zu verfolgenden Handlung zu vermeiden, muß aber gegenüber dem höheren Interesse, das die Allgemeinheit an der durch die Bestimmung des § 264 StPO. getroffenen Gewährleistung einer gerechten Rechtsprechung hat, zurücktreten.

OLGR. Dr. Mogk, Dresden.

Wahrung der Ladungsfrist bei vertagter Hauptverhandlung.

Eine der wichtigsten Rechtsgarantien, die das Strafverfahren dem Angekl. gewährt, ist die Vorschrift des § 217 StPO. Danach muß zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tage der Hauptverhandlung eine Frist von mindestens einer Woche liegen. Die Novelle v. 27. Dez. 1926 hat durch Einfügung des § 218 Abs. 2 die Wahrung der gleichen Ladungsfrist auch dem Verteidiger gegenüber angeordnet. Der Sinn dieser Vorschrift liegt auf der Hand. Der Angekl. und sein Verteidiger sollen ausreichend Zeit haben, die Verteidigung ordnungsmäßig vorzubereiten. Die Praxis der Gerichte legt freilich diese klare, zugunsten des Angekl. gegebene Schutzvorschrift in einer ihrem Zweck zuwiderlaufenden und die Interessen des Angekl. gefährdenden Weise aus.

Die Bestimmung des § 217 hat schon durch die Rspr. des RG. eine erhebliche Einschränkung zuungunsten des Angekl. erfahren. Das RG. (vgl. RGRspr. 3, 113; RGSt. 15, 113; RGRspr. 9, 177; DJZ. 19, 441) hat nämlich den Grundsatz ausgesprochen, daß zu der gemäß § 229 StPO. erneuerten Hauptverhandlung die Ladungsfrist nicht nochmals innegehalten zu werden braucht (so auch Rosenberg bei Löwe Anm. 3 zu § 217). Es genügt vielmehr nach der Ansicht des RG., wenn zu der ersten Hauptverhandlung rechtzeitig geladen war. Diese Auffassung läßt sich mit dem Zweck des Ges. nicht vereinbaren und findet auch in seinem Wortlaut keine Stütze. Wenn auch der Angekl. Gelegenheit gehabt hat, sich zur ersten Hauptverhandlung genügend vorzubereiten, so kann gerade die erneuerte Hauptverhandlung wieder besondere Maßnahmen zur Verteidigung erfordern. Man denke nur an den nicht seltenen Fall, daß die erste Hauptverhandlung gerade darum unterbrochen wurde, um der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zu geben, neues Beweismaterial gegen den Angekl. zu ermitteln. In diesem Falle hat nach der Ansicht des RG. der Angekl. keinen Anspruch darauf, daß ihm die Ladung, in welcher ihm ja erst die von der Staatsanwaltschaft neu ermittelten Zeugen bekanntgegeben werden, unter Innehaltung der Frist des § 217 StPO. zugeht. Es ist nicht zu ersehen, inwiefern die Wahrung der Ladungsfrist zur erneuerten Hauptverhandlung für den Angekl. und seinen Verteidiger weniger notwendig sein soll, als die rechtzeitige Ladung zur ersten Hauptverhandlung.

Noch bedenklicher indessen ist die Praxis der unteren Gerichte, die noch über das vom RG. gesteckte Ziel weit hinausschießt. Während das RG. die Wahrung der Ladungsfrist bisher nur für den Fall der Erneuerung der Hauptverhandlung für überflüssig erklärt hat, gehen manche Gerichte noch weiter. Immer wieder erlebt man in der Praxis folgenden Fall: Der Angekl. wird unter reichlicher Innehaltung der Ladungsfrist zur Hauptverhandlung geladen. Mehrere Tage vor der Hauptverhandlung wird der Termin zur Hauptverhandlung aufgehoben und der Angekl. abbestellt. Einige Zeit später wird abermals ein Hauptverhandlungstermin angesetzt, zu dem der Angekl. nunmehr ohne Einhaltung der Frist von einer Woche, oft ein bis zwei Tage vorher, geladen wird.

Dieses Verfahren muß in jedem Falle als unzulässig bezeichnet werden, selbst wenn man der Auffassung des RG. folgt. Gewiß hatte der Angekl. Zeit, sich auf die zuerst angesetzte Hauptverhandlung vorzubereiten. Er war aber keineswegs verpflichtet, sofort nach Erhalt der Ladung mit der Vorbereitung zu beginnen. Er konnte vielmehr gerade mit Rücksicht auf die ihm gesetzte längere Frist mit der Vorbereitung seiner Verteidigung gezögert haben und, nachdem der Termin abbestellt wurde, die Vorbereitungen als zunächst nicht erforderlich unterlassen haben. Wird nun der Angekl. oder ein Verteidiger zur nächsten Hauptverhandlung ohne Innehaltung der Ladungsfrist geladen, so bleibt ihm nicht die Zeit zur Vorbereitung, auf die er nach dem Gesetz Anspruch hat. Ein derartiges Verfahren verträgt sich nicht mit der Vorschrift des § 217 StPO. Für den Fall der Vorverlegung des Termins auf einen früheren Tag hat das RG. ja auch die Notwendigkeit der Wahrung der Ladungsfrist zur neuen Hauptverhandlung mit der gleichen Begründung bejaht (vgl. RGSt. 25, 74).

Die Vorschrift des § 217 kann, soll sie ihren Sinn erfüllen, nur so ausgelegt werden, wie auch ihr Wortlaut dies verlangt: Die Ladungsfrist muß für jede Hauptverhandlung besonders innegehalten werden. Es genügt also nicht, daß, wie ohne jeden gesetzlichen Anhaltspunkt häufig verfahren wird, zwischen der Hauptverhandlung und der Ladung zu einer Hauptverhandlung die Frist von einer Woche liegt. Vielmehr ist zu fordern, daß diese Frist zwischen der Hauptverhandlung und der Zustellung der sich gerade auf diese Hauptverhandlung beziehenden Ladung innegehalten wird. Die Bedenken gegen die hier bekämpfte Anschauung können auch nicht durch den Hinweis darauf beseitigt werden, daß das Gericht ja jederzeit nach freiem Ermessen auf Antrag des Angekl. die Hauptverhandlung zwecks besserer Vorbereitung aussetzen kann. Das Gesetz hat ja eben durch die Vorschrift des § 217 StPO. zum Ausdruck gebracht, daß die Wahrung der Vorbereitungszeit nicht von dem Ermessen des Gerichts abhängig sein soll. Es gibt vielmehr dem Angekl. ein Recht hierauf, dessen Verletzung die Nichtigkeit des Urt. nach sich zieht.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Strafprozessuale Streitfragen.

Berufung bei Einspruchsverwerfung.

In JW. 1927, 889 f. habe ich näher ausgeführt, daß die Einstellung des Verfahrens der „Freisprechung" in § 313 StPO. gleichsteht, daß also der Begriff „Freisprechung" (= Nichtverurteilung) hier eine umfassendere Bedeutung hat als z. B. in § 260 I StPO. Entsprechendes gilt für den ebenfalls in § 313 verwendeten Ausdruck „ausschließlich zu Geldstrafe verurteilt": Eine solche „Verurteilung" i. S. § 313 ist auch dann gegeben, wenn der Einspruch gegen einen nur auf Geldstrafe (sowie auf Ersatzfreiheitsstrafe und Kosten) lautenden Strafbefehl nach § 412 StPO. kostenfällig verworfen wird. Das ist auch der Standpunkt des KG. in JW. 1925, 1093 und GoltdArch. 69, 394. In letzter Zeit mehren sich aber die Entsch., die gegen die Verwerfung des Einspruchs immer Berufung zulassen wollen (so OLG. Rostock und Hamm in ZStW. 47 HöchstRR. 1926, 31 f., 305).

Wenn das OLG. Rostock zur Begründung seiner Ansicht darauf verweist, daß § 313 eine sachliche Prüfung der Beschuldigung in einer Hauptverhandlung voraussetze, so wäre das erst zu beweisen; die Fassung des Ges. spricht nicht für eine solche Voraussetzung. Auch bei Einstellung des Verfahrens würde es an dieser Voraussetzung fehlen. Einen inneren Grund für das Erfordernis einer sachlichen Prüfung glaubt das OLG. darin zu finden, daß eine Anwendung des § 313 auf die Verwerfung des Einspruchs dem Angekl. nach der früheren Fassung des § 340 StPO. jedes Rechtsmittel nehmen würde, „obwohl ihm noch gar nicht die Möglichkeit geboten war, sich in einer Hauptverhandlung zu der Beschuldigung zu erklären". Letzteres ist nicht richtig; denn der Angekl. hatte ja die Möglichkeit, sich in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu verteidigen, die er zu diesem Zwecke nur nicht versäumen durfte. Außerdem kann der Angekl. gegen das Versäumnisurteil unter den gesetzlichen Voraussetzungen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen (§ 412 II). Es ist also nicht an dem, daß der Angekl. etwa rechtlos wäre, zumal jetzt § 340 durch die Nov. v. 27. Dez. 1926 geändert ist.

Das OLG. Hamm begründet seinen Standpunkt nicht weiter; es verweist lediglich auf den Wortlaut des § 313 sowie auf Löwe-Rosenberg, 16. Aufl., § 412 Anm. 3. Daß aber der Wortlaut des § 313 keine sichere Entsch. bietet, haben wir oben gesehen, und Löwe-Rosenberg erwähnt den gegenwärtigen Fall nicht aus-

drücklich (auch nicht in der 17. Aufl. 1927 oder in den Anm. zu § 313).

Danach ist die Behauptung, daß trotz § 313 das den Einspruch verwerfende Urt. unter allen Umständen mit Berufung anfechtbar sei, in Übereinstimmung mit dem KG. a. a. O. als unzutreffend zu bezeichnen. Andernfalls müßte man Berufung auch dann zulassen, wenn der Amtsrichter nach sachlicher Durchführung der Hauptverhandlung es bei der Geldstrafe des Strafbefehls beläßt, in der Urteilsformel aber unrichtigerweise, statt die Verurteilung zu dieser Geldstrafe auszusprechen, den Einspruch „als unbegründet" verwirft.

OLGR. Prof. Dr. Doerr, München.

Die zivilrechtlichen Wirkungen der innerhalb eines Hydrasystems abgeschlossenen Rechtsgeschäfte.

Ein Hydrasystem ist ein Vertriebssystem, bei dem Waren in der Weise angeboten werden, daß den Abnehmern Vermögensvorteile versprochen werden für die Beibringung weiterer Abnehmer, die auch wieder ermächtigt werden, unter denselben Bedingungen Abnehmer zu werben. Das RG. hat in feststehender Rspr. erklärt, daß ein solches Vertriebssystem eine Ausspielung i. S. des § 286 StGB. und einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 1 UnlWG. darstellt (vgl. RGSt. 60, 252; JW. 1927, 777). Zivilrechtlich fragt sich, ob die einzelnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zwischen dem Veranstalter und Käufer wirksam sind, insbes. ob der Besteller an seine Bestellung gebunden ist, also auf Abnahme und Zahlung verklagt werden kann, oder ob er seine Anzahlung zurückfordern darf.

1. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot: Die Veranstaltung einer öffentlichen Ausspielung ohne Genehmigung ist verboten. Die Ausspielung i. S. des § 286 StGB. ist zwar schon mit der Bekanntgabe des Spielplans und der Schaffung der Möglichkeit jeden Spielens vollendet; der Veranstalter verstößt aber mit jedem einzelnen Ausspielvertrag, den er abschließt, erneut gegen § 286 StGB. Damit, daß der Veranstalter der Ausspielung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist jedoch noch nicht gesagt, daß auch das Spielen in einer nicht genehmigten öffentlichen Lotterie verboten ist. Das Spielen ist — von den landesgesetzlichen Verboten gegen landesrechtlich nicht zugelassene Ausspielungen abgesehen — nicht mit Strafe bedroht. Es bleibt also fraglich, ob auch das Mitspielen in einer genehmigungsbedürftigen nicht genehmigten Lotterie verboten ist. Die herrschende Meinung bejaht das und erklärt demzufolge solche Spielverträge für nichtig, so u. a. v. Gierke, R. d. Schuldverh. III S. 824; Oertmann 2 zu § 763 und — ohne Begründung — RGRKomm. (3) 6 zu § 762; ferner das KG.: KGBl. 1926 Nr. 8/9; RG.: JW. 1927, 777. (Das letztgenannte Urt. enthält folgende gelegentliche Bem.: „Eine gegen die guten Sitten[1]) verstoßende Handlung des Bekl. wäre darin allein noch nicht zu finden, daß das Spielen eine nicht genehmigte Ausspielung darstellte und daher die abgeschlossenen Geschäfte nach § 134 BGB. nichtig wären." Eine Begründung ist auch hier nicht gegeben.)

Aus § 763 S. 2 BGB., wonach auf staatlich nicht genehmigte Lotterien die Vorschriften über Spiel Anwendung finden, folgt nichts gegen die Anwendbarkeit des § 134 StGB., da dieser Satz sich möglicherweise nur auf die nicht genehmigungsbedürftigen (privaten) Lotterien bezieht. — Dagegen scheint folgender Gesichtspunkt gegen die Anwendung des § 134 BGB. zu sprechen. § 134 BGB. setzt voraus, daß „das Rechtsgeschäft" — also bei einem Hydravertrag, der aus Kauf, Mäklervertrag und Ausspielung gemischte Einzelvertrag — gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Es genügt in der Regel nicht, wenn nur eine der bei dem Rechtsgeschäft beteiligten Personen, also hier der Veranstalter, subjektiv verbotswidrig und strafbar handelt (h. M.). Eine Ausnahme von dieser Regel läßt sich vielleicht aus dem Zweck des Verbotsgesetzes ableiten. § 286 StGB. verfolgt neben fiskalischen Zwecken auch den Zweck, der Ausbeutung des Publikums durch betrügerische Privatlotterien vorzubeugen. Das Verbot des § 286 StGB. will also auch die Privatsphäre des einzelnen sichern (vgl. auch RG.: JW. 1926, 52). Das ergibt sich aus seiner Stellung im Strafgesetzbuch: § 286 steht bei den Delikten gegen das Vermögen in dem Abschnitt „Strafbarer Eigennutz", in dem auch der Wucher geregelt ist. Diesen Schutz des einzelnen kann aber das Lotterieverbot nur dann erreichen, wenn auch die einzelnen Spielverträge als nichtig angesehen werden. — Immerhin bleibt die Nichtigkeit nach § 134 BGB. zweifelhaft. Die Frage kann aber im vorliegenden Falle offen bleiben, weil die innerhalb eines Hydrasystems abgeschlossenen Einzelverträge jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind, wie sofort (2) zu zeigen sein wird.

2. Für die Frage nach der Sittenwidrigkeit der einzelnen Verträge ist zunächst folgendes zu betonen. Aus dem Umstande, daß die Veranstaltung eines Hydrasystems sich als Verstoß gegen § 1 UnlWG. darstellt und zur Unterlassung und zum Schadensersatz an den Mitbewerber verpflichtet, folgt noch nicht, daß auch die zwischen Veranstalter und Kunden geschlossenen Einzelverträge gegen die guten Sitten verstoßen. Vielmehr bedarf diese Frage besonderer Prüfung.

Im Schrifttum ist die Frage fast nirgends erörtert. Nur Warneyer bemerkt VII zu § 138 BGB., daß Hydraverträge gegen die guten Sitten verstoßen. In RG. 60, 379 ist die Frage offengelassen. Für die älteren reinen Hydrasysteme (vgl. RGSt. 34, 390 und 403) ist die Sittenwidrigkeit nicht nur des ganzen Vertriebssystems, sondern auch der mit den einzelnen Teilnehmern geschlossenen Verträge ohne weiteres anzunehmen, weil hier ganz offenkundig ein Gewinn immer nur auf Kosten anderer erzielt werden konnte. Dagegen scheinen auf den ersten Blick die Dinge bei den modernen Formen der Hydrasysteme anders zu liegen, weil hier in erster Linie von einem reinen Kaufvertrag und erst in zweiter Linie von der Verbilligungsmöglichkeit durch Werben weiterer Kunden die Rede ist, weil also hier der Hydracharakter des Systems viel weniger deutlich in Erscheinung tritt, so daß viele Kunden das System gar nicht durchschauen, also ihrerseits subjektiv nicht sittenwidrig handeln. In dieser Richtung ist aber einmal zu betonen, daß die Tendenz der Verträge, sich ins Unendliche zu vermehren, immer noch gegeben ist, und außerdem, daß es auf die Auffassung des Handelnden über die Sittenwidrigkeit des Vertrages überhaupt nicht entscheidend ankommt. Es ist also zur Bejahung der Voraussetzung des § 138 BGB. überhaupt nicht nötig, daß eine oder gar beide Vertragsparteien sich des Verstoßes gegen die guten Sitten bewußt sind, wofern sich nur das Rechtsgeschäft nach seinen — aus Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck erhellenden — Gesamtcharakter als sittenwidrig darstellt. Das ist aber hier aus folgenden Gründen der Fall: Einmal ist jeder einzelne Vertrag ein wesentlicher Teil eines Vertriebssystems, das sich seiner Idee nach ins Unbegrenzte ausdehnen soll und das sich als Ganzes als unsittlich darstellt (vgl. RG.: JW. 1927, 778). Außerdem wird der Kunde in völliger Unkenntnis über die Zahl der laufenden Serien und der bereits beteiligten Personen gelassen und kann daher auch seinerseits den von ihm zu werbenden Kunden keinerlei zuverlässige Angaben über ihre Gewinnaussichten machen. Endlich aber hat der Vertragsschluß die Schädigung oder Täuschung dritter Personen zur möglichen, ja wahrscheinlichen Folge. Der Käufer wird einen Gewinn, soweit er einen solchen überhaupt erzielt, in der Regel nur aus den Taschen anderer Personen erlangen können, nämlich solcher, die den gleichen Vertrag wie er selber auf Grund der trügerischen Hoffnung eingegangen haben, sich die Ware ebenfalls durch Werbung weiterer Kunden verbilligen zu können. Ist sich der Kunde über diesen Umstand klar, was allerdings selten der Fall sein wird, und geht er gleichwohl den Vertrag ein, so handeln beide Teile unsittlich und der Verstoß des Geschäfts gegen die guten Sitten tritt besonders deutlich in die Erscheinung. Andernfalls — wenn also nur einer der Beteiligten, der Veranstalter, diese Konsequenz des Systems übersieht — haben wir es mit einem der verhältnismäßig seltenen Fälle zu tun, in denen bei einem nach § 138 BGB. unsittlichen Rechtsgeschäft der Vorwurf der Unsittlichkeit nur eine der beiden Parteien trifft. — Es ist sonach festzustellen, daß die Hydraverträge auch in ihren modernen Formen nach § 138 BGB. nichtig sind.

Zu 1 und 2: Die Nichtigkeit des einzelnen Vertrages, mag sie nun auf § 134 oder 138 oder auf beiden Bestimmungen zugleich beruhen, hat zur Folge, daß keine Vertragspartei von der anderen die Erfüllung verlangen kann. Vielmehr können die Abnehmer ihre Leistungen (Anzahlungen und Teilzahlungen) nach § 812 oder § 817 BGB. zurückverlangen, ebenso der Veranstalter die von ihm gelieferte Ware, soweit nicht ihm gegenüber der Einwand durchgreift, daß er durch die Leistung gegen die guten Sitten verstoßen habe. Hat der Veranstalter des Hydrasystems Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert, so kann er die Eigentumsklage erheben, die als selbständige dingliche Klage dem Einwand aus § 817 S. 2 nicht unterliegt (ebenso RGRKomm. 3d zu 817).

Prof. Dr. Eduard Kern, Freiburg i. Br.

[1]) J. S. des § 1 UnlWG.

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und Justizrat Dr. Schrömbgens.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

1. § 138 BGB. Unzulässige Ausnutzung einer Monopolstellung. Auch die nur teilweise Freizeichnung von der Schadensersatzpflicht kann nichtig sein, wenn der Unternehmer dabei zwar für kleinere Schäden ausreichenden Ersatz zu leisten verspricht, bei größeren Schäden aber seine Haftpflicht auf einen unverhältnismäßig geringen Bruchteil beschränkt.]†)

(U. v. 19. März 1927; 367/26 I. — Hamburg.) [Ka.]

Abgedruckt JW. 1927, 1588.

Zu 1. A. In dem zur Entsch. stehenden Rechtsstreit handelt es sich um einen Möbeltransport nach den U. S. A., nicht wie bei den bisherigen Monopolurteilen um einen gewöhnlichen Speditionsvertrag. Im Möbeltransportgeschäft aber liegen bestimmt ganz andere Verhältnisse vor, als im Speditionsgeschäft. Das Verhältnis der in Verbanden mit festen Übernahmebedingungen und Haftungsbeschränkung zusammengeschlossenen Möbeltransporteure zu der Zahl der nicht organisierten Unternehmer ist geringer als das gleiche bei den Spediteuren. Es gibt überall eine große Zahl sog. ringfreier Übernehmer. Dies dürfte aber auch allgemein bekannt sein, denn zum Abschluß von Möbeltransportverträgen bietet sich wohl jedem im Leben, insbes. jedem Beamten, Gelegenheit. Daß hier von einem Monopol keine Rede sein kann und daß es auch nicht als eine Zumutung eines größeren Risikos anzusehen ist, einen ringfreien Möbelspediteur zu nehmen, geht doch wohl ziemlich einwandfrei daraus hervor, daß beispielsweise die preuß. Regierung bei Umzügen ihrer Beamten Vorlage mehrerer Kostenanschläge und ausdrücklich darunter solcher von ringfreien Unternehmern verlangt.

Sodann trifft aber auf vorl. Fall in erhöhtem Maße das zu, was JR. Schmidt-Ernsthausen in seiner Anm. zu dem Monopolurt. JW. 1926, 570 ausgesprochen hat, es sei bedenklich, eine solche Klausel in beschränktem Umfang für nichtig zu erklären; die Fälle, in denen ein Monopolmißbrauch zur Nichtigkeit führe, müßten auf Vertragsklauseln beschränkt bleiben, die nicht erst durch ihre Anwendung im Einzelfall, sondern durch die ihnen innewohnende Norm der Rechtsordnung widerstritten. Im jetzigen Urt. weist das RG. das HansOLG. an, zu prüfen, ob die in einem Prozentsatz der Beförderungsspesen ausgedrückte teilweise Freizeichnung nicht im Verhältnis zu dem verursachten Schaden eine unbillige Ausnützung einer Monopolstellung im Einzelfalle bedeute. Macht man aber das Werturteil von der Höhe des Schadens abhängig, so hängt es doch von einem Zufall ab, ob die Freizeichnung noch einen sittlichen Vertrag anzunehmen zuläßt oder ob sie ihn zu einem unsittlichen macht. Ein Schaden von angenommen 1000 *RM* anläßlich eines Überseetransportes nach dem fernen Osten wird nach den Bedingungen ganz oder zum größten Teil ersetzt werden, so daß von einer unbilligen Ausnutzung einer Monopolstellung nicht die Rede sein könnte; will es der Zufall, daß ein gleich hoher Schaden bei einem kleinen innerdeutschen Möbelversand entsteht, so wird die gleiche Übernahmeklausel (das Vorliegen einer Monopolstellung unterstellt) zu einem Verstoß gegen die guten Sitten.

Unser Fall zeigt m. E. noch klarer als der aus dem Jahre 1926, daß es nur einen Standpunkt gibt, solche Geschäftsbedingungen entweder generell zu verwerfen oder aber sie allgemein anzuerkennen. Nicht aber kann die Entsch. der Frage, ob sie gegen § 138 BGB. verstoßen, von dem Ergebnis des Einzelfalles, insbes. derartig zufälligen Verhältnissen, wie oben dargelegt, in dieser Weise, wie es das RG. getan hat, abhängig gemacht werden.

Bei dieser Gelegenheit sei darauf hingewiesen, daß der Verein Deutscher Spediteure zusammen mit dem Deutschen Industrie- und Handelstag, dem Zentralverband des deutschen Großhandels, der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, dem Reichsverband der deutschen Industrie usw. die allgemeinen Spediteurbedingungen neu aufgestellt und sie den Wünschen der Wirtschaft angepaßt hat. Grundsätzlich bleibt die Haftung auf 40 *RM* für 100 kg beschränkt. Sofern der Versender jedoch nicht ausdrücklich das Gegenteil vorschreibt, versichert der Spediteur sein Haftpflichtrisiko ganz allgemein und ohne Auftrag in jedem Falle zu einem sehr niedrigen Satz von 10 Pf. für 10000 *RM* Wert. Bei dieser Deckung handelt es sich aber ausschließlich um eine besondere Art Haftpflichtdeckung gegen die Fehler des Spediteurs und der Leute, für die er aufzukommen hat. Ungedeckt und unter die Haftpflichtbeschränkung fallend bleiben reine Transport- und Lagerschäden. Wird also ein Gut vom Lager, das vorschriftsmäßig und ortsüblich bewacht und gesichert ist, durch Einbruch gestohlen oder fällt eine Kiste beim Verladen hin, so daß der Inhalt beschädigt wird, so bleibt es, sofern im einzelnen Falle eine Haftung des Lagerhalters bzw. Spediteurs oder Rollfuhrunternehmers überhaupt gegeben ist, bei der beschränkten Haftung. Um sich also für alle Fälle vor Verlusten zu bewahren, muß der Versender eine entsprechende Transport- bzw. Lagerversicherung nehmen, wie es ja im Überseeverkehr schon seit jeher allgemein üblich ist.

AR. Dr. Reuver, Köln.

B. Die Entsch. enthält gegenüber der bisherigen Rspr. des RG. gegen die unbillige Ausnutzung einer Monopolstellung (hier zum Zweck der Freizeichnung von der Haftung) kaum Neues (vgl. RG. 20, 117; 48, 127; 62, 266; 79, 229; 81, 320; 82, 266; 99, 107 = JW. 1920, 773; 102, 396 = JW. 1922, 32; 103, 82 = JW. 1922, 575; 106, 386; JW. 1927, 655; JW. 1927, 788).

Es wird nicht nur die einem völligen Haftungsausschluß gleichkommende Haftungsbeschränkung, sondern auch eine zu geringe Höchsthaftung beanstandet, wenn sie im Verhältnis zu dem verursachten Schaden eine unbillige, durch zwingende Rücksichten nicht begründete und unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Monopolstellung vorgenommene einseitige Verfolgung eigennütziger Interessen enthält, soweit die Haftungsbeschränkung auch bei eigenem Verschulden der Firmeninhaber oder solchem ihrer leitenden Angestellten Platz greifen soll. Es soll auf eine Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen ankommen. Daß das Problem der Haftungsbeschränkung monopolistischer Unternehmer durch diese und die früheren Entsch. des RG. besonders klargeworden ist, kann man wirklich nicht behaupten. Das RG. geht zu zaghaft vor. Die Abstellung der Entsch. über die Sittenwidrigkeit auf eine nachträgliche Prognose (Verhältnis der Haftungsbeschränkung zu dem tatsächlich verursachten Schaden) ist sehr bedenklich und beruht m. E. auf einer irrigen Anwendung des § 138 BGB.

Unterdessen sind am 10. Aug. 1927 die neuen Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp.) in Kraft getreten, die den Haftungsmaßstab etwas erhöhen und für indirekte (mittelbare) Schäden den Speditionsversicherungsschein einführen.

Das RG. wird ja voraussichtlich bald einmal Gelegenheit haben, diese neuen Bedingungen auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu prüfen. Möge es sich dann möglichst grundsätzlich aussprechen, damit der Verkehr weiß, woran er ist.

Prof. Dr. Nipperdey, Köln.

2. § 227 BGB.; §§ 1, 20 PreßG.; § 10 II 17 ALR. Schadensersatz wegen polizeilicher Stilllegung einer Zeitungsdruckerei. Die Befugnis dazu läßt sich aus § 10 II 17 ALR. nicht herleiten; das PreßG. regelt die Beschränkungen der Pressefreiheit erschöpfend; wenn aber eine den Bestand des Staates gefährdende Pressetätigkeit den Tatbestand der Notwehr erfüllt, ist Stilllegung nicht rechtswidrig.]†)

Die auf Anweisung des OberPräs. vom PolizeiPräs. angeordnete, durch staatl. Polizeibeamte ausgeführte Unbrauchbarmachung der Druckerei- und Setzmaschinen der Kl. bezweckte, das weitere Erscheinen der Arbeiter-Zeitung, die bei der Kl. verlegt und gedruckt wurde, zu verhindern. Mit Recht

Zu 2. Die Entsch. ist insoweit bedenkenfrei, als sie die durchaus zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz wiedergibt und würdigt. Anders steht es mit den in der Entsch. entwickelten, völlig neuartigen Gedankengängen über das Notwehrrecht des Staates gegenüber der Presse. Wenn das RG. aus § 20 Abs. 1 PreßG. abzuleiten sucht, daß die Presse grundsätzlich den allgemeinen Gesetzen unterliegt, so ist das schon ein bedenklicher Schluß. Die genannte Vorschrift steht

hat das BG. angenommen, daß diese Maßnahme durch die die allg. Aufgaben der Polizei best. Vorschrift des § 10 II 17 ALR. nicht gedeckt wurde. Denn nach § 1 PreßG. unterliegt die Freiheit der Presse nur den durch es selbst vorgeschriebenen oder zugelassenen Beschränkungen. Ein vorbeugendes polizeil. Einschreiten gegen Inhalt und Verbreitung von Druckschriften sieht es nicht vor. Ebensowenig wie die Herstellung und Herausgabe einer Druckschrift im voraus verboten werden kann, darf die Polizei sie unter Berufung auf den angeführten § 10 durch Anwendung unmittelbaren Zwanges verhindern. Das Vorgehen der beteiligten staatl. Behörden gegen die Kl. wird ebensowenig durch die VO. des RPräs. v. 10. Aug. 1923 gerechtfertigt. Das dort durch § 1 zugelassene Verbot periodischer Druckschriften erfolgte nach § 3 Satz 1 das. durch den RInnM. Für die ihm gleichfalls übertragene Anordnung der Beschlagnahme war nach Satz 2 das. bei Gefahr im Verzuge auch die Polizeibehörde zuständig. Daraus ergab sich, daß sie zum Verbot periodischer Druckschriften auf Grund der genannten VO. nicht befugt war. Deshalb durfte sie auch nicht, ehe ein solches Verbot durch den RInnM. vorlag, das Erscheinen einer Zeitung durch Anwendung unmittelbaren Zwanges unmöglich machen. Fehl geht auch die Berufung des Bekl. auf ein staatl. Notrecht, das, wenn überhaupt von einem solchen gesprochen werden darf, jedenfalls nicht in dem vom Bekl. beanspruchten Umfange besteht. Es ist nicht richtig, daß bei Gefahr im Verzuge die oberste Staatsbehörde und ihre Stellvertreter berechtigt seien, nach Maßgabe der herrschenden Verhältnisse alle im Interesse der Sicherheit und Ordnung erforderl. Maßnahmen zu treffen. Vielmehr dürfen sie auch in außerordentl. Zeiten, insbes. zur Verhütung und Bekämpfung von Unruhen, nur die Mittel anwenden, die die Ges. ihnen gestatten. Nach den allg. Ges. nicht zulässige Eingriffe in die durch Art. 118 RVerf. gewährleistete Freiheit der Meinungsäußerung durch die Presse setzen voraus, daß diese Verfassungsbestimmung zuvor außer Kraft gesetzt wird. Dazu ist nach Art. 48 RVerf. nur der RPräs. und bei Gefahr im Verzuge die Landesregierung befugt. Diese wird in Preußen durch das StaatsMin. gebildet (Art. 7 Pr. Verf.; vgl. auch Art. 55 das.). Den OberPräs. stehen, wenngleich sie beständige Kommissarien des Ministeriums (§ 4 der VO. wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden v. 30. April 1815), Stellvertreter der obersten Staatsbehörden in besonderem Auftrage und bei außerordentlicher Veranlassung (§ 1 III der Instruktion für die OberPräs. v. 31. Dez. 1825) sind, die in Art. 48 RVerf. vorgesehenen Befugnisse nicht zu. Die den Oberpräs. in § 11 Nr. 2 der genannten Instruktion übertragene Ermächtigung und Verpflichtung, bei außerordentl. Ereignissen und Gefahr im Verzuge die augenblicklich erforderlichen Anordnungen zu treffen, berechtigt sie nur zu Maßnahmen, die sich im Rahmen der geltenden Ges. halten, nicht aber dazu, diese einstweilen außer Kraft zu setzen oder sie unbeachtet zu lassen. Ist dem BU. insoweit beizupflichten, so enthalten seine Ausführungen doch eine Lücke, die zu seiner Aufhebung zwingt. Mit Recht macht die Rev. geltend, daß der Sachverhalt auch vom Gesichtspunkt der Notwehr aus hätte geprüft werden müssen. Nach den Behauptungen des Bekl. ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Stillegung des Druckereibetriebes der Kl. eine Verteidigungsmaßnahme darstellte, die erforderlich war, um einen gegen den Bestand des Staates gerichteten, gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff abzuwenden. Allerdings handelt der Staat, der sich seiner inneren Angreifer erwehrt, der ihnen gegenüber sich selbst durchsetzen, den Fortbestand der gegebenen Staatsform sichern will, an sich nicht in Notwehr, sondern macht lediglich Gebrauch von der ihm zustehenden obersten Gewalt. Die Polizei, die zur Erhaltung der öffentl. Ruhe, Sicherheit und Ordnung tätig wird, handelt auch dann, wenn die öffentl. Ruhe, Sicherheit und Ordnung durch Angriffe gegen den Staat als solchen gefährdet wird, nicht kraft Notwehr, sondern in Erfüllung ihrer gesetzl. Aufgabe. Grundsätzlich ist sie bei der Wahl ihrer Mittel unbeschränkt. Sie darf das tun, was nötig ist, um die öffentl. Ordnung aufrecht zu erhalten. Durch Sondervorschriften, so durch die des PreßG., ist aber für die Polizei die Möglichkeit ihrer Tätigkeit in verschiedenster Richtung begrenzt worden. Damit hat der Staat sich selbst und seinen Organen rechtl. Schranken gezogen, deren Überschreitung rechtswidrig ist, es sei denn, daß solche Rechtswidrigkeit durch andere Rechtsnormen ausgeschlossen wird. Einen solchen die Rechtswidrigkeit des staatl. Handelns in den gedachten Fällen ausschließenden Rechtsgrund bildet die Notwehr. Ist der Fall der Notwehr gegeben, so entfällt die Annahme der Amtspflichtverletzung der beteiligten Beamten gegenüber der Kl. Die Voraussetzungen der Notwehr beurteilen sich aber hier, da über die zivilrechtl. Folgen einer amtl., in Ausübung der öffentl. Gewalt getroffenen Maßnahme zu entscheiden ist, nach dem BGB. (§ 227). Unter den Voraussetzungen der Notwehr waren im vorliegenden Fall die in Frage kommenden staatl. Organe nicht mehr an die besonderen Vorschriften des PreßG. gebunden. Denn die Presse muß sich, sofern sie als Werkzeug für einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff dient, die zu dessen Abwehr erforderliche Verteidigung gefallen lassen. Ist Notwehr, wie nicht zu bezweifeln, gegenüber Angriffen auf Rechtsgüter des Staates überhaupt zulässig, so fehlt es an einem Grunde, den Staat gegenüber solchen Angriffen, falls sie durch die Presse verübt werden, auf die Maßnahmen zu beschränken, die das PreßG. vorsieht. Es muß

---

unter der Überschrift „Verantwortlichkeit für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen" und kann unmöglich bei einem Fall zur Anwendung gebracht werden, wo es sich nicht um die Verantwortlichkeit für strafbare Handlungen, sondern lediglich darum handelt, die Hoheitsrechte des Staates und seiner Verwaltung gegenüber der Presse abzugrenzen. Für das Verhältnis von Hoheitsverwaltung und Presse stellt § 1 PreßG. gerade umgekehrt und ausdrücklich den Grundsatz auf, daß die Presse *nicht* den allgemeinen Gesetzen, insbes. also auch nicht den allgemeinen Polizeigesetzen, unterliegt, sondern daß die Verwaltung die Preßfreiheit nur solchen Beschränkungen unterwerfen darf, die „durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschrieben oder zugelassen sind". Nur *strafrechtlich* unterliegt also die Presse grundsätzlich den allgemeinen Gesetzen; verwaltungsrechtlich — d. h. für das hoheitsrechtliche Verhältnis zwischen Staat und Presse — gilt kraft § 1 genau der gegenteilige Grundsatz.

Wie die Entsch. selbst zutreffend ausführt, hat der Staat durch die Sondervorschriften des PreßG. sich selbst und seinen Organen rechtliche Schranken gezogen, deren Überschreitung rechtswidrig ist. Unhaltbar aber ist es, wenn das RG. versucht, diese durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des PreßG. begründete Rechtswidrigkeit dadurch zu beseitigen, daß es ihr zivilrechtliche Rechtsnormen entgegenstellt. Nach der Entsch. soll die Handlungsweise des Oberpräsidenten zwar rechtswidrig vom preßrechtlichen, d. h. vom öffentlich-rechtlichen, aber rechtmäßig vom zivilrechtlichen Standpunkt aus sein. Hier entsteht die Frage: Können bürgerlich-rechtliche Rechtsnormen die Rechtswidrigkeit eines nach öffentlichem Recht — nämlich nach § 1 PreßG. — ausdrücklich verbotenen Staatshoheitsaktes überhaupt beseitigen? Würde es sich nicht um einen Staatshoheitsakt, sondern darum handeln, daß der Staat als Fiskus, d. h. als Gleicher unter Gleichen, sein Eigentum oder sein Vermögen vor einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zu schützen sucht, so wäre die Frage unbedenklich zu bejahen; denn — wie auch die Entsch. zutreffend bemerkt — steht das zivilrechtliche Notwehrrecht grundsätzlich auch dem Staate zu. Im vorl. Falle handelt es sich jedoch nicht um den Staat als Fiskus, sondern als Träger von Hoheitsrechten. Was er als solcher darf und nicht darf, bestimmt in erster Linie das öffentliche Recht, und wenn dieses durch ausdrückliche Vorschrift des § 1 PreßG. ein staatliches Eingreifen verbietet, so kann keine Vorschrift des bürgerlichen Rechtes einen Verstoß dagegen rechtfertigen. *Der Satz, daß das öffentliche Recht dem Privatrecht vorgeht, gilt nicht nur im römischen Recht, sondern gehört auch heute noch zum eisernen Bestand unserer Rechtsordnung.* Gegen diesen Grundsatz aber verstößt die Entsch., wenn sie versucht, eine durch öffentlich-rechtliche Vorschrift ausdrücklich verbotene Handlung dadurch der Rechtswidrigkeit zu entkleiden, daß sie auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zivilrechtliche Vorschriften zur Anwendung bringt. Wenn auch eine Folge der hoheitsrechtlichen Amtshandlung, nämlich die Frage der Schadensersatzpflicht nach Zivilrecht zu beurteilen ist, so darf dies doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Frage, ob die Handlung selbst als öffentlich-rechtlicher Hoheitsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war, nur nach öffentlichem Recht entschieden werden kann. Das „Notwehrrecht", das der Staat als Hoheitsträger gegenüber der Presse hat, ist in der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des Art. 48 RVerf. gesetzlich und sogar verfassungsgesetzlich geregelt. Wenn die Voraussetzungen des Art. 48 RVerf. — wie die Entsch. zutreffend feststellt — nicht gegeben waren, so war die Amtshandlung kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 1 PreßG. rechtswidrig, und keine Vorschrift des BGB. kann diese Rechtswidrigkeit beseitigen.

Ministerialrat Dr. *Häntzschel*, Berlin.

dann vielmehr wieder der Grundsatz des PreßG. zur Geltung kommen, daß die Presse den allg. Gesetzen unterliegt (vgl. § 20 Abs. 1 PreßG.).

(U. v. 24. Mai 1927; 355/26 III. — Celle.) [Sch.]

3. §§ 278, 537, 581 BGB. **Culpa in contrahendo. Fahrlässig unrichtige Zusicherung des zum Abschluß ermächtigten Maklers über die Ertragsfähigkeit eines Gasthofes.]**

Die neuere Rspr. des RG. nimmt eine vertragliche Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß (Culpa in contrahendo) dann an, wenn ein Vertrag gültig geschlossen wurde, und eine Partei Umstände, von denen sie wußte, daß sie für den Willensentschluß des Vertragsgegners von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässigerweise verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat (JW. 1912, 743[5]; RG. 95, 58; 97, 325 und 336; 103, 50 und 157; 106, 73[1]); 107, 362; 108, 410; RG. III 275/26 v. 5. Nov. 1926[2]); vgl. JW. 1915, 240[3] und 577[10].) Der Annahme der Haftung einer Vertragspartei für Verschulden beim Vertragsschluß steht nach der Rspr. des RG. auch der Umstand nicht entgegen, daß sie die Vertragsverhandlungen nicht persönlich geführt hat, sondern sich hierbei durch einen Bevollmächtigten hat vertreten lassen (RG. 103, 50; 107, 242; RG. III 275/26.) Ob der Makler Bevollmächtigter und Erfüllungsgehilfe des Kl. gemäß § 278 BGB. war, ist bis jetzt nicht festgestellt. War er aber zum Abschluß des zu vermittelnden Geschäfts von dem Verpächter bevollmächtigt, oder liegen etwa die Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB. vor, so ist es rechtsirrig, für die ohne Auftrag des Kl. gemachten unrichtigen Angaben des Maklers könne der Geschäftsherr nicht verantwortlich gemacht werden. Bei der erneuten Verhandlung ist auch eine wiederholte Prüfung des BG. darüber geboten, ob nicht bestimmte Angaben über den Pachtgegenstand in der dem Vertragsschluß unmittelbar vorausgegangenen Zeit eine Zusicherung des Verpächters i. S. des § 537 i. Verb. m. § 581 Abs. 2 BGB. enthalten, und ob sie nicht der Pächter nach Treu und Glauben in diesem Sinne verstehen muß (RG. 52, 2; 93, 74; 95, 176[3]); GruchBeitr. 47, 104; Bolze 19 Nr. 467; 20 Nr. 433; vgl. RG. 87, 277[4]); 88, 97[5]); 91, 310[6]); RG. in JW. 1913, 596[10]).

(U. v. 24. Juni 1927; 419/26 III. — Hamburg.) [Sch.]

4. § 779 BGB. **Die Anfechtung eines Vergleichs wegen Irrtums über einen streitigen oder ungewissen Punkt ist unzulässig, wegen arglistiger Täuschung zulässig.]**

Die Parteien waren Gesellschafter einer OffHG. Mit dem 31. März 1924 schied der Kl. aus der Gesellschaft aus. Die Parteien schlossen dann den notariellen Auseinandersetzungsvertrag v. 28. April 1924, wonach der Bekl. das Geschäft mit sämtlichen Aktiven und Passiven, sowie mit der Firma übernahm und sich verpflichtete, dem Kl. das auf 20 000 GM. festgesetzte Auseinandersetzungsguthaben bis zum 30. Dez. 1925 auszuzahlen. Durch schriftlichen Vertrag v. 30. Juli 1924 wurde das klägerische Auseinandersetzungsguthaben auf 10 000 GM. ermäßigt und Verzinsung mit 30% vom 1. Aug. ab vereinbart. Der Kl. verlangt mit der Klage auf Grund der getroffenen Abmachungen einen Teil seines Guthabens. Der Bekl. hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Auseinandersetzungsvertrag v. 28. April 1924 für unwirksam zu erklären. Er macht geltend: Die Bilanz v. 1. Jan. 1924, auf Grund deren die Verträge geschlossen seien, wäre unrichtig aufgestellt gewesen. Davon habe er bei Abschluß der Verträge keine Kenntnis gehabt. Daraus leitet der Bekl. die Unwirksamkeit der Verträge nach § 779 BGB. her und hat weiter diese Verträge wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Er behauptet, daß der Kl. die falsche Aufstellung der Bilanz veranlaßt und Abhebungen von seinem Kapitalkonto bei der Buchung absichtlich verschleiert habe. Der Kl. hat in allen Instanzen obgesiegt. Der Bekl. hat die Verträge v. 28. April und 30. Juli 1924 als unwirksam bezeichnet, sowohl unter dem Gesichtspunkte des § 779 BGB. wie auf Grund der im Laufe des Rechtsstreits ausgesprochenen Anfechtung wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung. Eine Unwirksamkeit nach § 779 BGB. kann auch für den Abänderungsvertrag v. 30. Juli 1924, der nach der bedenkenfreien Annahme der Vorinstanz als Vergleich anzusehen ist, nicht in Frage kommen. Sie würde voraussetzen, daß **beide** Teile über einen nicht dem Gebiete der durch den Vergleich zu schließenden Streitigkeit oder Ungewißheit angehörenden, sondern nach dem Inhalt des Vertrages beiderseitig als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt sich im Irrtum befunden haben (RG.: JW. 1910, 16). Daran fehlt es hier. Es handelt sich nach den für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Behauptungen des Bekl. nur um einen einseitigen Irrtum des Bekl. über jene Punkte. Der Kl. war über den wahren Sachverhalt im klaren und soll je nach der Behauptung des Bekl., dessen Irrtum arglistig hervorgerufen haben. Bei einem Vergleiche aber ist eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB. dann ausgeschlossen, wenn der Irrtum sich auf einen streitigen oder ungewissen Punkt bezieht, dessen Klarstellung für die zukünftigen Beziehungen der Parteien der Vergleich gerade bezweckt. Es ist gerade der Zweck des Vergleichs, einen bestehenden Streit oder eine herrschende Ungewißheit über streitige Punkte zu beseitigen und an Stelle des ungewissen Zustandes eine für beide Teile verbindliche bestimmte Regelung zu setzen. Diesem Zwecke würde es widersprechen, wenn eine Anfechtung wegen Irrtums über einen früheren Streitpunkt zugelassen würde (RG. 61, 318 und RG.: JW. 1915, 190; Warn. 1918 Nr. 140). Diese rechtliche Auffassung liegt auch dem angefochtenen Urteile zugrunde, wenn es ablehnt, der Unkenntnis des Bekl. von den späteren Abhebungen auf das klägerische Kapitalkonto und von der Ausbuchung des Kontos S. rechtliche Bedeutung für eine Unwirksamkeit des Vergleichs beizumessen. Das BG. geht davon aus, daß der Ergänzungsvertrag v. 30. Juli 1924 dazu dienen sollte, die Zweifel zu beheben, welche zwischen den Parteien hinsichtlich der Höhe der im Auseinandersetzungsvertrage v. 28. April 1924 festgesetzten Abfindung entstanden waren, weil angeblich die dem Auseinandersetzungsvertrage zugrunde gelegte Goldmarkbilanz unrichtig war. Es hält die Behauptung des Bekl., daß die Beanstandung der Höhe des Auseinandersetzungsguthabens in dem ursprünglichen Vertrage lediglich deshalb erfolgt sei, weil in der Bilanz das Inventar zu hoch bewertet gewesen sei, für widerlegt und ist demgemäß auf den über diese Behauptung zugeschobenen Eid nicht eingegangen; nach der Annahme des Vorderrichters sind die Grundlagen für die Höhe des Auseinandersetzungsverfahrens, wie sie in der Bilanz für den 1. Jan. 1924 enthalten waren, zur Zeit des Vergleichsabschlusses im allgemeinen ungewiß gewesen. So gelangt das BG. zu der Auslegung, daß durch den Vergleich jeder Zweifel über die Grundlagen der Auseinandersetzung beseitigt und die Abfindung des Kl. endgültig festgesetzt werden sollte. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Von dem tatsächlichen Standpunkt des BG. aus war die Eideszuschiebung darüber, daß die Herabsetzung des klägerischen Auseinandersetzungsguthabens **nur** mit Rücksicht auf die Minderbewertungen des Inventars erfolgt sei, nach § 446 ZPO. unzulässig. Die Auslegung, daß die Parteien durch den Vergleich nicht nur diesen Punkt, sondern allgemein ohne Rücksicht auf die Angaben der Goldmarkbilanz die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens regeln wollten, entspricht dem Zwecke eines derartigen Vergleichs, der eine endgültige Festsetzung des Auseinandersetzungsguthabens herbeiführen und ein Zurückweisen auf Bemängelungen des Inhalts einer in ihrem Ergebnisse nicht mehr für maßgebend erachteten Bilanz ausschließen will. Die Annahme des BG., daß der Vergleich auch die jetzt vom Bekl. im Rechtsstreit bemängelten Punkte mitumfaßt habe und deshalb wegen Irrtums über diesen Punkt nicht mehr angefochten werden könne, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Anfechtung des Vergleichs v. 30. Juli 1924 wegen arglistiger Täuschung hält das BG. zutreffend auch dann für zulässig, wenn die Täuschung einen Punkt betrifft, der gerade Gegenstand der vergleichsweisen Regelung war, sieht aber den Beweis, daß der Kl. den Bekl. bei Abschluß des ursprünglichen Vertrages und

---

[1]) JW. 1924, 165. [2]) JW. 1927, 977. [3]) JW. 1919, 446.
[4]) JW. 1916, 120. [5]) JW. 1916, 581. [6]) JW. 1918, 169.

der späteren Abänderung arglistig getäuscht habe, nicht für geführt an.

(U. v. 6. Mai 1927; 155/26 VI. — Breslau.) [Ku.]

5. § 823 Abs. 1 BGB. **Ein Gastwirt, der anderen seinen Betrieb zu einer Veranstaltung überläßt (Vogelschießen), haftet nicht für alle dabei erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen.]**

Der Bekl. zu 1 hat die zu seiner Schankwirtschaft gehörige Wiese dem Bekl. zu 10 und dessen Gästen zum Vogelschießen zur Verfügung gestellt. Er hat also seinerseits kein Vogelschießen veranstaltet, auch den Kl. und den anderen Knaben zum Auflesen der Bolzen nicht gedungen. Hiernach kam eine Haftung des Bekl. zu 1 aus § 618 BGB. nicht in Betracht, und es konnte sich nur fragen, ob der Bekl. unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung für die körperliche Verletzung des Kl. haftbar zu machen ist. Das BG. meint, der Bekl. zu 1 könne sich nicht darauf berufen, daß R. als Veranstalter des Schießens oder überhaupt die beteiligten Schützen die nötigen Maßregeln zum Schutz der Bolzenaufleser gegen herabfallende Bolzen zu treffen hatten; denn er habe seinerseits die ihm als Gastwirt obliegende Verkehrspflicht verletzt, indem er es unterlassen habe, die Knaben mit den für Vogelschießen bereitgehaltenen Schutzkappen zu versehen, obwohl er wahrgenommen habe, daß sie ohne diesen üblichen Kopfschutz waren. Selbst wenn unterstellt wird, daß die dem Bekl. zu 1 gehörigen Schutzkappen geeignet gewesen wären, Verletzungen der hier in Frage stehenden Art zu verhindern, liegt in dieser Beurteilung des BG. eine Überspannung der einem Gastwirt anzusinnenden Sorgfaltspflicht. Was unbedenklich zutreffen würde, wenn der Bekl. zu 1 selbst das Vogelschießen veranstaltet und nicht nur Stange und Adler, sondern auch Armbrüste und Bolzen sowie die Knaben zum Auflesen der Bolzen seinen Gästen zur Verfügung gestellt hätte, kann nicht ohne weiteres gelten in dem hier vorliegenden Fall, daß ein Gast Veranstalter ist, der seine Freunde zum Wettschießen eingeladen und alle Vorbereitungen dazu getroffen, insbes. die Bolzenaufleser herangeholt hat. In einem solchen Falle ist die Verpflichtung des Veranstalters und der Teilnehmer am Schießen, für die persönliche Sicherheit der mit dem Bolzenauflesen beauftragten Knaben zu sorgen, in den Vordergrund zu stellen. Zuzugeben ist, daß der Bekl. zu 1 durch Überlassung der Wiese und der dazugehörigen Räumlichkeiten an R. und dessen Freunde seiner Verkehrspflichten gegenüber seinen Gästen und dem Publikum im allgemeinen nicht enthoben war. Daraus folgt indessen noch nicht, daß er bei der fraglichen, nicht von ihm ausgehenden Veranstaltung alle Maßnahmen der Veranstalter im einzelnen daraufhin nachzuprüfen hatte, ob auch niemandem der Beteiligten oder sonstigen Anwesenden ein Schaden entstehen könne. Vielmehr durfte er Maßnahmen von beschränkter Bedeutung wie die Vorkehrungen, die zum Schutze der Bolzenaufleser allein, nicht auch der Gäste und des sonstigen Publikums erforderlich waren, den Veranstaltern überlassen, sofern diese über die nötige Sachkunde verfügten. Dafür, daß dem Bekl. R. und seinen Freunden diese Sachkunde gemangelt hätte, ist nichts vorgebracht. Der Bekl. zu 1 konnte sich darauf, daß diese ihrer Verpflichtung zur Sicherung der Bolzenaufleser ausreichend nachkommen würden, um so mehr verlassen, als die Ansichten der Fachleute über den Wert der Schutzkappen gewöhnlicher Art auseinandergingen.

(U. v. 14. März 1927; 666/26 IV. — Berlin.) [Ka.]

6. § 823 BGB.; Art. 131 RVerf. **Verletzung von Studenten bei dem mißglückten Experiment eines Professors.]**

In seiner an der Universität X. gehaltenen Vorlesung über Experimentalchemie besprach der Professor N. Verbrennungserscheinungen und zeigte hierbei die Verbrennung durch Tetranitmethan. Hierbei barst der Brenner und seine zahlreichen Splitter wurden in den dicht besetzten Hörsaal geschleudert; hierdurch wurden Hörer getötet und verwundet. Zu letzteren gehört der Kl., der die Vorlesung belegt hatte und besuchte. Ihm wurde ein Bein zersplittert, so daß es bis zum halben Oberschenkel abgenommen werden mußte. Aus diesem Anlaß hat er Schadensersatzansprüche gegen den preuß. Staat erhoben. Der Bekl. hat nicht bestritten, daß er, **falls** den Professor N. der Vorwurf einer Fahrlässigkeit trifft, zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dem entspricht auch die Rechtslage, denn dann ist nachgewiesen, daß der genannte Beamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm seinen Hörern gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat; die Verantwortlichkeit hierfür trifft alsdann nach Art. 131 RVerf. den Bekl. Ausübung öffentl. Gewalt ist nämlich nicht nur in der Betätigung staatl. Zwangsgewalt, sondern auch in Ausübung staatl. Fürsorge zu erblicken (RG. 114, 201[1])). Letztere waltet bei allen eine solche notwendig in sich schließenden Betätigungen ob, deren der Staat sich obrigkeitl. unterzieht. Deshalb kann es hier nichts verschlagen, daß die einfache Unterrichtserteilung mit den Herrschaftsrechten des Staates an sich nichts zu tun hat (RG. 84, 30)[2]).

(U. v. 24. Mai 1927; 370/26 III. — Hamm.) [Sch.]

7. §§ 823, 824, 83 BGB.; §§ 186, 193 StGB. **Wegen der schweren Folgen für den Betroffenen müssen Mitteilungen über Kredit- und Vermögensverhältnisse mit besonderer Gewissenhaftigkeit gemacht werden.]**

Die Bekl. gibt satzungsgemäß für ihre Mitglieder von Zeit zu Zeit „vertrauliche Mitteilungen" heraus, in denen unter anderem Personen verzeichnet werden, die innerhalb eines gewissen Zeitraums den Offenbarungseid geleistet haben oder gegen die zur Erzwingung der Eidesleistung die Haft angeordnet worden ist. Die ersteren werden zur Unterscheidung von den letzteren durch fette Schrift gekennzeichnet. In der Nummer vom April 1925 ist der Name des Kl. und das Datum der Eidesleistung (8. Okt. 1924) in Fettdruck enthalten. Die Angabe beruhte auf einem Versehen. Tatsächlich war an dem genannten Tage im Offenbarungseidverfahren gegen den zur Eidesleistung nicht erschienenen Kl. Haftbefehl ergangen. Dieser wurde durch Beschluß v. 19. Mai 1925 aufgehoben, weil der Schuldner den Gläubiger befriedigt hatte, und der Name des Kl. darauf im Schuldverzeichnisse des AG. gelöscht. Mit der Klage verlangte der Kl. auf Grund der §§ 823, 824 BGB. und § 186 StGB. die Überklebung der ihn betreffenden Mitteilung und die Feststellung, daß die Beklagte zum Ersatze des dem Kl. durch die unrichtige Mitteilung entstandenen und noch entstehenden Schadens verpflichtet sei. Das LG. erkannte nach dem Feststellungsantrage und wies die Klage im übrigen ab. Auf die Berufung der Bekl. wies das OLG. die Klage in vollem Umfange ab. Die Rev. hatte Erfolg. Das BG. hat die Abweisung des erhobenen Schadensanspruchs, wie folgt, begründet. Es fehle an einem sowohl nach § 824 wie nach § 823 Abs. 2 i. Verb. mit § 186 StGB. erforderlichen Verschulden der gesetzlichen Vertreter der Bekl. Diese hätten sich auf die Richtigkeit des von der (auch vom Kl. als verhältnismäßig zuverlässig bezeichneten) Auskunftei B. bezogenen Schuldnerverzeichnisses verlassen dürfen; eine Nachprüfung an Hand der bei den verschiedenen AG. ihres Bezirks gemäß § 915 Abs. 2 ZPO. geführten Verzeichnisse, zu der die Bekl. den ganzen Bezirk hätte bereisen lassen müssen, sei ihr nicht zuzumuten, zumal es sich um eine ganz einfache, lediglich Sorgfalt erfordernde Sache handle. Auch bei den Kontrolleinrichtungen für den Abdruck des Verzeichnisses in den vertraulichen Mitteilungen sei nichts verfehlt worden; es habe eine dreimalige Vergleichung stattgefunden. Wo der Fehler sich eingeschlichen habe, sei nicht festzustellen. Eine Korrektur habe der Zeuge Ü. gelesen. Ob er Vertreter der Bekl. sei, könne dahingestellt bleiben, da der Beweis fehle, daß ihm das Versehen unterlaufen sei. Die übrigen mit der Herstellung des Verzeichnisses und des Druckes befaßten Personen seien als Angestellte fremder selbständiger Unternehmer (der Auskunftei und der Druckerei) tätig geworden; § 831 BGB. komme daher nicht zur Anwendung. Auf den dem § 824 Abs. 2 BGB. entnommenen Einwand der Bekl. brauche hiernach nicht eingegangen zu werden. Was zunächst den Klagegrund des § 823 Abs. 2 BGB. anlangt, so setzte dieser allerdings den schuldhaften Verstoß gegen ein Schutzgesetz, hier den § 186 StGB. voraus. Dazu war aber in subjektiver Hinsicht, abgesehen von dem nicht

---

[1]) JW. 1926, 2294. [2]) JW. 1914, 423.

streitigen Willen, die Behauptung zu verbreiten, nur noch das Bewußtsein von dem ehrenkränkenden Charakter des Behaupteten erforderlich, nicht auch das Bewußtsein von der Unrichtigkeit oder der Unerweislichkeit der verbreiteten Tatsache oder eine Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unkenntnis ihrer Unrichtigkeit (RGSt. 40, 101). Die Ausführungen des BG. sind daher nicht geeignet, den aus § 823 Abs. 2 BGB. in Verb. mit § 186 StGB. hergeleiteten Klagegrund auszuräumen. Es hätte der Prüfung bedurft, ob die behauptete, als unwahr festgestellte Tatsache geeignet war, den Kl. verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (vgl. RGSt. 2, 309; 35, 126) und ob die Organe der Bekl. sich dessen bewußt waren, weiter bejahendenfalls, ob die Voraussetzungen des § 193 StGB. gegeben waren (RG. 51, 369/376 ff.). Erst in zweiter Linie (RG. 115, 74/79[1])) wären die Voraussetzungen des § 824 BGB. zu prüfen gewesen. Die in dieser Richtung im Urteil niedergelegten Erwägungen des BG. geben zu rechtlichen Bedenken auch insofern Anlaß, als die Sorgfaltspflicht bei Beschaffung der erforderlichen Angaben schon dadurch als gewahrt angesehen worden ist, daß die Bekl. die Verzeichnisse von einer Auskunftei bezog, „die auch der Kl. als verhältnismäßig zuverlässig bezeichnet". Es ist zu beachten, daß die Bekl. die Verzeichnisse nicht nur benutzt, um im Einzelfalle vertrauliche Auskunft zu geben, sondern sie ihren zahlreichen Mitgliedern (nach ihrer eigenen Behauptung waren es Ende 1925: 1233), wenn auch nur zum vertraulichen Gebrauch im Abdruck übersendet. Angesichts der für die Schuldner eintretenden Folgen wird mit der Auffassung des Verkehrs eine besonders sorgfältige Anfertigung der Verzeichnisse verlangt werden müssen. Daß die Bekl. diese Sorgfalt angewendet hätte, wird durch die Feststellungen des BG. nicht dargetan. Weder kann es genügen, daß die Auskunftei, von der sie die Verzeichnisse bezog, „verhältnismäßig zuverlässig" war, noch daß es sich „um eine ganz einfache Sache" handelte, die „lediglich Sorgfalt erforderte". Wenn die Bekl. die Verzeichnisse unter eigener Verantwortung herausgab, so hätte ihr die Prüfung obgelegen, ob die Auskunftei die Listen mit der erforderlichen Sorgfalt herstellen ließ. Es fällt in der Beziehung auf, daß nach der Aussage des Zeugen W. die amtsgerichtlichen Verzeichnisse teilweise von einem *Lehrling* ohne weitere Kontrolle abgeschrieben worden sind, daß ferner der im vorliegenden Falle festgestellte Irrtum nicht der einzige war. Wenn auch Art und Umfang der Nachprüfungspflicht im wesentlichen Fragen tatsächlicher, auf den Einzelfall abzustellender Art sind, so kann es doch rechtlich nicht gebilligt werden, daß eine solche Pflicht überhaupt verneint worden ist. Dies um so mehr, als es sich nur um die bei den AG. des Bezirks geführten Verzeichnisse handelte und hinsichtlich des Kl. das AG. in Plauen in Betracht kam, wo die Bekl. ihren Sitz hatte. Es kommt die bisher nicht streitige Tatsache hinzu, daß das Vorstandsmitglied der Bekl. Ü. gleichzeitig Filialleiter der Auskunftei B. war. Was die Haftung der Bekl. für ein Verschulden ihrer Organe anlangt, so kommt es nicht darauf an, ob sie zur rechtsgeschäftlichen Vertretung befugt waren, sondern ob sie als Mitglieder des Vorstandes in Ausführung einer ihnen zustehenden Verrichtung gehandelt haben (RG.: JW. 1917, 593[1]). Das Vorliegen eines Verschuldens von Organen der Bekl. hatte *nach § 824 Abs. 1* BGB. der Kl. nachzuweisen. Das Gesetz hat, auch bei nachgewiesener Unrichtigkeit der behaupteten Tatsache, eine Vermutung für das Vorliegen eines Verschuldens nicht aufgestellt. Kam, wie das BG. annimmt, ein Verschulden bei Beschaffung der Liste überhaupt nicht in Betracht, so ist es nicht zu beanstanden, daß dem Kl. der Beweis auferlegt worden ist, daß der Bekl. von der Auskunftei die richtig aufgestellte Liste zugegangen sei. Die Grundsätze des von der Rev. herangezogenen sog. Anscheinsbeweises konnten erst für die Beantwortung der Frage von Bedeutung sein, ob bei Richtigkeit der Listen der Fehler im Abdruck auf das Verschulden der Bekl. zurückzuführen sei. Ob eine Haftung der Bekl. aus § 824 Abs. 1 BGB. durch Abs. 2 daselbst ausgeschlossen würde, hat das BG. ausdrücklich unerörtert gelassen.

(U. v. 30. Mai 1927; 861/26 IV. — Dresden.) [Ka.]

---

[1]) JW. 1927, 770.

8. § 826 BGB. *In der Form der Erteilung einer geschäftlichen Auskunft kann eine Sittenwidrigkeit liegen.*]†)

(U. v. 13. Jan. 1927; 489/26 IV. — Berlin.) [Ka.]

Abgedr. JW. 1927, 1365.

Zu 8. A. In obigem Urt. (RG. 115, 416) billigt der 4. ZS. den Standpunkt des KG.: Die bekl. Auskunftei darf fortan nicht mehr erwähnen, daß der Kl. vor 20 Jahren eine Zuchthausstrafe von $3^1/_2$ Jahren verbüßt hat, sondern darf nur mitteilen, daß er „sich in jungen Jahren in Geschäfte habe verwickeln lassen, die ihn mit dem Strafgesetz in Konflikt gebracht haben". Das RG. legt dar, die „den Gegenstand des Rechtsstreits bildende vorbeugende Unterlassungsklage" setze voraus, „daß gegenständlich ein widerrechtlicher Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut vorliegt, und daß die — hier einwandfrei festgestellte — Gefahr der Wiederholung begründet ist". Es heißt dann weiter: „Als Rechtsgut kommt das Vermögen des Kl. in Frage, soweit es durch § 826 BGB. geschützt ist. Ob in solchem Falle der gegenständliche Tatbestand von dem persönlichen zu lösen ist, bedarf nicht der Erörterung, da das BG. auch den persönlichen Tatbestand für nachgewiesen erachtet hat. Es fragt sich nur, ob die Bekl. ‚gegen die guten Sitten' verstoßen hat, indem sie sich bei Mitteilung der vom Kl. erlittenen Strafe nicht einer milderen Form bediente."

Das Ergebnis, zu dem das obige Urt. gelangt, ist m. E. billigenswert. Die Rechtswidrigkeit der fragl. Auskunft liegt darin, daß eine Verfehlung, die der Kl. als junger Mensch begangen und längst wieder gutgemacht hat, zu seinen Lasten so verwertet wird, als ob sie noch von gegenwärtig beachtlicher Tragweite wäre. Es handelt sich also um einen zum mindesten *objektiv* rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kl. RG. 60, 6 erklärt: „Dem durch einen widerrechtlichen Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur *objektiv* widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu besorgen sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebensowenig die Wahrnehmung berechtigter Interessen." RG. 116, 151 = JW. 1927, 1471 (2. ZS.) nimmt in umfassender Darlegung auf RG. 60, 6 Bezug und betont, daß dieses Urt. „in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses den Schutz ausgedehnt hat auf sonstige Rechtsgüter, also über den Kreis der absoluten Rechte hinaus": „*Die Gerechtigkeit verlangt, daß der Angegriffene ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verletzers gegen Fortsetzung der widerrechtlichen Eingriffe geschützt wird.*" (Ebenso *Mansfeld*: RGRKomm. § 1004 zu 7: „Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß die fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt werden muß.")

Das Urt. RG. 60, 6 war eine Tat, die in der deutschen Rechtsgeschichte nicht vergessen werden darf. Der vom RG. kundgegebene Rechtsgedanke ist von zwingender Kraft. Gleichwohl hat er in der neueren Jurisprudenz wenig Anklang gefunden, vielleicht, weil unsere Richter die Lösung für zu kühn halten. Wir sind durch die verästelte Kasuistik unseres Rechts, durch die breite Geschwätzigkeit der deutschen Gesetzgeber so anlehnungsbedürftig geworden, daß ein Leitsatz, wie RG. 60, 6 ihn aufstellt, Mißbehagen hervorruft. So dürfte es zu erklären sein, daß unsere Spruchübung fast durchweg vorübergeht an den unabsehbaren Möglichkeiten der quasi-negatorischen Rechtsbehelfe. Diese beschränken sich, wie RG. 60, 6 mit scharfer Betonung erklärt, „*nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen*". Gleichwohl halten sich unsere Richter, wenn sie zur Unterlassung verurteilen, fast stets an die einzelnen *Delikts*paragraphen. Sie stützen sich also *nicht* auf den quasi-negatorischen, sondern auf den *deliktischen* Unterlassungsanspruch, d. h. auf die begangene unerlaubte Handlung. Daß dies eine Vergröberung unseres Rechtsbetriebes bedeutet, liegt auf der Hand.

Das obige Urt. des 4. ZS. des RG. zeigt, daß unsere Jurisprudenz im Begriff ist, die zukunftsfrohe, durch RG. 60, 6 geleistete Errungenschaft preiszugeben. Der theoretische Gehalt letzteren Richterspruches, der nach sinngemäßer Vertiefung drängt, ist im Schrifttum, namentlich durch die (ein umfassendes Mißverstehen offenbarenden) Abhandlungen *Neukamps*, so gründlich verwirrt worden, daß man sich bis heute noch nicht zu den schlichten Ausgangspunkten zurückgefunden hat. In meinem Komm. z. WettbG. (6. Aufl. S. 14 bis 20) ist der quasi-negatorische (vorbeugende) Unterlassungsanspruch vom deliktischen Unterlassungsanspruch abgegrenzt. Die in anderen Kommentaren, insbes. im RGRKomm. (Vorbem. zu § 823 BGB.), gegebenen Erläuterungen sind m. E. theoretisch verfehlt und praktisch unbrauchbar. Während RG. 116, 151 die von mir betonte Identität der vorbeugenden und quasi-negatorischen Unterlassungsklage billigt, herrscht in obigem Urt. Unklarheit über die Terminologie:

Zuerst wird von der „den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden vorbeugenden Unterlassungsklage" gesprochen, dann aber wird auf Grund einer Verletzung des § 826 BGB. dem Unterlassungsbegehren stattgegeben! Hier handelt es sich also gerade nicht um die „vorbeugende" (quasi-negatorische) Unterlassungsklage, vielmehr um die deliktische, die voraussetzt, daß der Tatbestand einer unerlaubten Handlung sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt ist (RG. 48, 120). Diese deliktische Unterlassungsklage hat nichts zu schaffen mit der in RG. 60, 6 behandelten quasi-negatorischen (vorbeugenden) Unterlassungsklage, bedeutet vielmehr nur ein Minus gegenüber der Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung. Wenn der 4. ZS. des RG. die Entsch. auf eine Verletzung des § 826 BGB. stützen wollte, dann brauchte er im Eingang seines Urt. nicht von der „vorbeugenden Unterlassungsklage", also von dem auf Grund der objektiven Rechtswidrigkeit zu gewährenden Schutz zu sprechen.

Ist der Kl. in seiner bürgerlichen Existenz davon abhängig, daß die bekl. Auskunftei ihm gegenüber geradezu sittenwidrig handelt? In JW. 1927, 656 habe ich dargelegt: „Es ist eine falsche Taktik, den Bedrückten mit dem Wunsche zu erfüllen, der Bedrücker möge es möglichst schlimm treiben, damit die Organe des Rechtsstaates helfend eingreifen. Wer sich einen Überblick über die Judikatur unserer Gerichte verschafft, wird dabei auf so viele, eine moralische Verfehlung des Bekl. feststellende Urteile stoßen, daß er sich schließlich fragen muß, ob nicht der Begriff ‚gegen die guten Sitten' einer zu starken Abnutzung unterworfen wird." Diesem Gedanken habe ich kürzlich in einem Plädoyer dahin Ausdruck gegeben: „Es ist wünschenswert, daß möglichst viele deutsche Mitbürger frei einhergehen, die noch niemals in ihrem Leben wegen Verübung einer sittenwidrigen Handlung zur Unterlassung oder zum Schadensersatz verurteilt worden sind."

Solange die Jurisprudenz mit der objektiven Rechtswidrigkeit auskommt, sollte sie das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" aus dem Spiele lassen. Nichts war im Wege, in obigem Falle einen objektiv rechtswidrigen „Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut" (RG. 60, 6) anzunehmen. Damit entfiel die ganze — höchst fragwürdige — Untersuchung über das moralische Verhalten der bekl. Auskunftei, also über das, was der 4. ZS. des RG. in obigem Urt. den „persönlichen Tatbestand" nennt: Wenn der Eingriff in das Individualrecht des Kl. so schwer war, daß die Beeinträchtigung nach der Meinung des RG. zu einer Verurteilung auf Grund des § 826 BGB. führen mußte, dann — sollte man annehmen — konnte unbedenklich die mildere Form der Verurteilung (gemäß RG. 60, 6) eintreten. Damit erreicht der Kl. alles, was er verlangt, nämlich die Sicherheit vor weiteren Beeinträchtigungen, und andererseits wird der Bekl. davor bewahrt, Schadensersatz leisten und sich als Verüber einer sittenwidrigen Handlung brandmarken lassen zu müssen.

Die Feststellung, daß jemand „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verletzt habe, darf nur getroffen werden, wenn die Grenze des zulässigen Tuns offenkundig überschritten ist. Bei der im vorl. Falle gegebenen Sachlage hätten gewiß zahlreiche gütige und einsichtige Menschen ebenso gehandelt, wie die bekl. Auskunftei, oder wären zum mindesten im unklaren gewesen über den Verlauf der Grenze, die einen Trennungsstrich zieht zwischen den Belangen des Auftraggebers und dessen, auf den sich die Auskunft bezieht. Die Idee, das Vorbestraftsein zwar anzudeuten, aber nicht genau zu bezeichnen, lag für die Auskunftei durchaus nicht so nahe, wie das RG. annimmt. Äußerstenfalls ließe sich ein moralischer Vorwurf gegen die Auskunftei daraus herleiten, daß sie sich geweigert hat, in Zukunft ihren Berichten die vom Kl. gewünschte Fassung zu geben. Aber auch auf eine solche Weigerung, aus Rücksicht für den Kl. die Wahrheit zu unterdrücken, läßt sich die Feststellung einer Sittenwidrigkeit nach meinem Rechtsgefühl kaum gründen. Nicht jede Verletzung einer Rechtspflicht ist ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten. In mehreren Urt. des RG. wird betont, daß sogar ein vorsätzlicher Verstoß gegen ein Strafgesetz nicht zugleich sittenwidrig zu sein braucht (so noch RG.: JW. 1927, 777). Wenn sich aber wirklich im vorl. Falle zur Not eine Verletzung des § 826 BGB. feststellen ließe, so bliebe erst recht in demjenigen Beurteiler, der seinen Blick auf die typischen Dinge richtet, ein Gefühl der Beklemmung zurück: Für den Rechtsfrieden der Allgemeinheit ist es weder erwünscht noch ausreichend, wenn die Erfüllung einer Rechtspflicht der hier vorliegenden Art nur so erzwungen werden kann, daß die Gerichte jedesmal die Moralität des Bekl. überprüfen: Der Schwerpunkt dieser Prüfung muß liegen in dem, was der Kl. vom Bekl. fordern darf, keineswegs aber in dem, was der Bekl. zur Rechtfertigung seines Verhaltens anführt. Der prinzipale Rechtsbehelf ist der auf Grund der objektiven Rechtswidrigkeit gegebene vorbeugende Unterlassungsanspruch, während die Frage des Schadensersatzes meistens nur sekundäre Bedeutung hat, wie fast jeder Prozeß auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes zeigt. Für den Kl., der den Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht negatorisch abwehrt, ist belanglos, ob ihm der Störer A. oder B. oder X. als Bekl. gegenübersteht. Wenn er nur Unterlassung fordert, nicht aber Schadensersatz, so interessiert ihn gar nicht, ob der Bekl. schuldhaft gehandelt hat, wie er überhaupt mit dem persönlichen Weh und Ach des Bekl. nichts zu schaffen haben will. So erklärt der 2. ZS. des RG. in RG. 109, 276, der Unterlassungsanspruch sei nicht einmal abhängig davon, ob der Bekl. „zu dem angegebenen Zeitpunkt schon geisteskrank war". Was not tut, ist die Erarbeitung umfassender Rechtsgrundsätze, die herausführen aus den Zufälligkeiten des konkreten Falls. Man sieht: Es ist kein Anlaß gegeben, in gefühlsbetonten Urteilen Motive eines Handelns zu untersuchen, das — unabhängig vom Motiv — auf Grund der objektiven Rechtswidrigkeit verboten werden kann.

Unsere Jurisprudenz sollte davon ausgehen, daß es eine gewissermaßen neutrale Zone gibt, die den Kreis der moralisch einwandfreien Handlungen umschließt und abgrenzt von dem umliegenden Gebiete der fraglos sittenwidrigen Handlungen. Nach der gegenwärtig noch herrschenden Auffassung des RG. müßte manches objektiv rechtswidrige Tun, das sich in der neutralen Zone bewegt, seitens der durch dieses Tun beeinträchtigten Personen hingenommen werden, da der Störenfried nicht ausreichend unanständig handelt. Dagegen kann nach dem oben von mir befürworteten Standpunkt der Rechtsfriede vollauf gewahrt werden, indem der objektiv rechtswidrige Eingriff in gesetzlich geschützte persönliche Rechtsgüter und Interessen die Grundlage des (quasi-negatorischen) Schutzes bilden soll. RG. 61, 366 erklärt zutreffend: „Das, was bei einer Verurteilung des Bekl. zur Unterlassung auferlegt wird, kann dem Übel und dem Nachteile, die ihn bei seiner Verurteilung zum Schadensersatz treffen, keineswegs gleichgestellt werden." RG. 61, 366 wiederholt und vertieft den in RG. 60, 6 ausgesprochenen Rechtsgrundsatz. Die Fällung dieser beiden Entsch. liegt mehr als zwei Jahrzehnte zurück. Seitdem hat sich für jeden, der sehen will, klar gezeigt, daß dem Persönlichkeitsrecht die Zukunft gehört. In einer höchst dankenswerten Abhandlung erklärt Wieruszowski („Der heutige Stand der Lehre vom Persönlichkeitsrecht": DRZ. 1927, 225/32): „Die Persönlichkeitsmacht zur Rechtsmacht erhoben zu haben, halte ich für einen der bedeutsamsten Fortschritte der Rechtsentwicklung. Noch ist hier alles im Fluß! Aber die Bewegung um das Persönlichkeitsrecht hat uns doch schon um eine Reihe wertvollster Rechtsgüter bereichert. Zu neuen Ufern lockt ein neuer Tag." Kohler und Lobe teilen sich in das Verdienst, das Persönlichkeitsrecht in die deutsche Jurisprudenz eingeführt zu haben. Unseren Richtern aber ist damit die Aufgabe erwachsen, das ihnen dargebotene Fundament allmählich Stein um Stein zu bebauen.

RA. Dr. Alfred Rosenthal, Berlin.

B. Die Auskunftei gibt ihre Berichte an jeden Abonnenten. Sie ist weder verpflichtet noch auch berechtigt, nachzuforschen, zu welchem Zweck die Auskunft erbeten wird. Nun setze man den Fall, daß eine Wach- und Schließgesellschaft sich bei der Auskunftei erkundigt, ehe sie mit langjährigem Vertrag einen Leiter anstellt. Hier wird sich weder die Wach- und Schließgesellschaft noch die aufsichtsführende Polizeibehörde mit der Nachricht begnügen, der Angefragte sei in jungen Jahren mit dem Strafgesetz in Konflikt geraten. Ist doch zu prüfen, ob man dem früheren Sträfling Eigentum und Leben der zu Bewachenden anvertrauen darf. Hätte die Auskunftei, bevor sie den Bericht abgab, ihren Rechtsberater gefragt, dann würde dieser vermutlich, um seine Mandantin vor einer Regreßklage zu bewahren, davor gewarnt haben, die Auskunft durch Unterdrückung wahrer Tatsachen zu beschönigen.

JR. Ludwig Cahen, Köln.

C. Den Bedenken, die Rosenthal gegen die Begründung des vorl. Urt. erhebt, kann ich mich nur anschließen. In meinem Aufsatze über das Persönlichkeitsrecht (DRZ. 1927, 225 ff.) habe ich darzulegen versucht, daß die Bedeutung der Bewegung um das Persönlichkeitsrecht in seiner Erhebung zum Range einer absolut wirkenden Ausschließungsbefugnis mit dem negatorischen Unterlassungszwange gegen jede und also auch gegen unverschuldete Antastung seines Herrschaftsbereiches beruhe, eine solche Rechtsmacht aber im positiven Rechte verankert sein müsse. Ich bin dann weiter auch grundsätzlich für den vom RG. vertretenen Standpunkt eingetreten, daß das deutsche Recht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht i. S. des § 28 Schweiz. ZGB. (vgl. JW. 1927, 1612 mit Anm. Matthiessen) nicht anerkenne, und daß es auch nicht etwa auf dem Umwege zu gewinnen sei, jede relative Schutznorm des Straf- oder Zivilrechts zur absoluten Schutznorm für das so geschützte Persönlichkeitsgut umzubilden. Aber ich habe auch darauf hingewiesen, daß der Gedanke des Persönlichkeitsrechts in Rechtslehre und Rspr. Wurzel gefaßt habe, und daß alle Vorsicht, es nur auf dem Boden des gegebenen Rechts zu pflegen, es nicht habe hindern können, seine Triebe auch abseits dieses Bodens

9. §§ 8 Abs. 4, 152 Abs. 1 GenG.; § 1 UnlWG.; § 823 BGB.

1. Unterlassungsklagen sind auch dann zulässig, wenn der Bekl. sich durch die schädigende Handlung strafbar macht.

2. Das Verbot der Verkäufe an Nichtmitglieder von Konsumvereinen trifft auch sog. Werbeverkäufe, wenn sie von den Käufern nicht ausdrücklich als solche beim Kauf bezeichnet sind. Begriff des Schutzgesetzes.]†)

(U. v. 15. Febr. 1927; 317/26 II. — Breslau.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1927, 1471.

---

zu entfalten. Und gerade hier habe ich hervorheben zu dürfen geglaubt, wie es dem RG. gelungen sei, dem Persönlichkeitsgute der Ehre i. S. des § 824 BGB. den rein negatorischen Abwehrschutz — im Gegensatze zur deliktischen Unterlassungsklage — zu gewähren. Mit Rosenthal sehe ich daher in den Entsch. des 6. Sen. (RG. 60, 6 u. 61, 366) höchst bedeutsame Fortschritte der Bewegung um das Persönlichkeitsrecht; Fortschritte, die auch auf den Tatbestand des § 824 nicht beschränkt bleiben können, sondern auf das gesamte Gebiet des Ehrenschutzes übergreifen müssen. Denn weshalb sollte die rein negatorische Unterlassungsklage ausgeschlossen sein, wenn eine sonstige Beleidigung vorlag, die nur deshalb nicht unter § 823 II BGB. fiel, weil sie durch die Wahrung berechtigter Interessen strafrechtlich gedeckt war? Oder sollte es dem Beleidiger wirklich gestattet sein, unter dem Deckmantel der Wahrung berechtigter Interessen objektiv unwahre Tatsachen über einen anderen in alle Zukunft hinaus zu verbreiten? — Und wenn ich dann endlich in meinem Aufsatze auf den § 826 BGB. als den Wegweiser für die Befriedigung fortschreitender Bedürfnisse des Persönlichkeitsschutzes hingedeutet habe, so wollte ich damit eben nur die letzten Möglichkeiten einer Ausdehnung dieses Schutzes betonen, ohne zu verkennen, daß es sich dabei tatsächlich nur um einen Notbehelf handle, vielleicht auch um einen Durchgangspunkt, durch den man nach und nach zur Anerkennung neuer mit dem absoluten Rechtsschutze auszustattender Persönlichkeitsgüter (z. B. der Geheimsphäre) gelangen könne. In dieser Auffassung des § 826 als Notbehelf oder Durchgangspunkt glaube ich mit den Gedankengängen Rosenthals zusammenzutreffen. Rosenthal hat m. E. durchaus recht, wenn er ausspricht, solange die Jurisprudenz mit der objektiven Rechtswidrigkeit auskommen könne, solle sie das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen aus dem Spiele lassen. Ebenso aber auch, wenn er betont, der Schwerpunkt der Prüfung müsse in dem liegen, was der Kl. fordern dürfe, nicht aber in dem, was der Bekl. zur Rechtfertigung seines Verhaltens anzuführen habe. Gerade der vorl. Fall zeigt die Gefahr moralischer Überprüfung des von der Bekl. beobachteten Verfahrens. Das RG. sagt, auch eine Auskunftei müsse sich ihrer „allgemeinen Menschenpflicht" gegenüber denen, über die sie Auskunft gebe, bewußt bleiben und mit Sorgfalt prüfen, „ob es der einer Wiedergewinnung des Ansehens hinderlichen Mitteilung der Vorstrafe bedürfe, um den Belangen der Kunden gerecht zu werden". Das mag richtig sein. Wie aber, wenn sich die Auskunftei dieser Prüfung wirklich unterzogen und dabei die Überzeugung gewonnen hätte, die „Belange des Kunden" erforderten die Mitteilung der Vorbestrafung? Und wenn sie sogar weiter zu dem Ergebnisse gelangt wäre, sie müsse auch zukünftig dieser ihrer Überzeugung folgen? Und wie, wenn sie bei dieser Prüfung als entscheidend für ihre Überzeugung die naheliegende Möglichkeit in die Wagschale geworfen hätte, sie könne sich durch die Verschweigung der ihr bekannten Vorstrafe dem Kunden gegenüber ersatzpflichtig machen oder mindestens sein Vertrauen verlieren? Sie würde dann doch höchstens den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens, nicht aber schon die schwere und sie herabsetzende Rüge eines Sittenverstoßes verdienen. Oder hat sich wirklich das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" durch allzu häufigen Gebrauch in seiner Wirkung so abgestumpft, daß man den Vorwurf des Sittenverstoßes, selbst wenn er vom höchsten Gerichtshofe ausgesprochen wurde, gleichmütig hinnehmen könne? Man sollte doch die moralische Wirkung der Rechtssprüche nicht unterschätzen! Das ist es ja wohl auch, was Rosenthal mit seiner Warnung vor „gefühlsbetonten" Urteilen im Auge hat. Solche Urteile lassen sich ja nicht immer vermeiden. Sie müssen überall ergehen, wo die Gerichte jenes Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden anrufen, um zur Feststellung eines Sittenverstoßes zu gelangen. Das ist eine der heikelsten Aufgaben richterlicher Tätigkeit! Ihre Lösung erfordert taktvolle Einfühlung in ein wirklich und greifbar gegebenes Volksempfinden und läuft immer Gefahr, das Sittengebot des eigenen Billigkeitsgefühls zur Richtschnur des Volksempfindens zu machen. Sollte nicht auch hier das RG. einer solchen Gefühlswallung unterlegen sein? Mit Recht wollte das RG. dem Kl. helfen. Aber weshalb mußte es dann den gefährlichen Umweg über § 826 BGB. einschlagen? Weshalb hat es die vorliegende, lediglich auf Unterlassung gerichtete Klage nicht von vornherein als „negatoria" behandelt? Als ich die Begründung las, stockte ich schon bei dem Satze, als Rechtsgut komme das „Vermögen" des Kl. in Frage, soweit es durch § 826 geschützt sei. Wirklich nur das Vermögen? Nicht auch das in § 824 BGB. geschützte Rechtsgut der Geschäftsehre? Muß es nicht auffallen, daß diese Vorschrift, so nahe hier auch ihre Anwendung lag, in den Gründen gänzlich übergangen wird? Oder sollte sich der 4. Sen. wirklich entschlossen haben, die Auffassung des 6. Sen., die die Geschäftsehre i. S. des § 824 zum absolut geschützten Persönlichkeitsgute erhoben hatte, preiszugeben? Dann würde ja die Ausschaltung des § 824 verständlich sein. Aber dann hätte es doch wohl bei der ungemeinen Bedeutung der Frage näherer Begründung dieses Auffassungswechsels bedurft. So aber kann ich nicht umhin, in der vorl. Entsch. mit Rosenthal einen bedauerlichen Rückschritt zu erblicken.

SenPräs. i. R. Prof. Dr. Wieruszowski, Köln.

Zu 9. A. Die Entsch. ist von weittragendster Bedeutung. Ein langer und erbitterter Streit hat geendet. Das RG. hat sich endlich klar und deutlich abgewandt von der Rspr. des früheren 6. ZS., wonach die Unterlassungsklage ausgeschlossen sein sollte, wenn die zu verbietende Handlung gegen ein Strafgesetz verstieß. Seit der unseligen Entsch. RG. 77, 217 = JW. 1911, 981 hat dieser Grundsatz die höchstrichterliche Rspr. beherrscht. Zwar wurde in der Rechtslehre auf das schärfste Widerspruch erhoben. In erster Linie war es Rosenthal, der zuerst in LZ. 1912, 607 und dann in zahlreichen weiteren Veröffentlichungen gegen diese Entsch. mit Leidenschaft Sturm lief. Er hatte auch Mitkämpfer von Ansehen und Gewicht, es seien hier nur Lobe, Finger, Ernst Fuchs und Giercke genannt. Giercke (Deutsches Privatrecht, III, 974 Anm. 92) hat damals schon prophezeit, diese „ungerechtfertigte Verkümmerung des zivilen Rechtsschutzes" werde „schwerlich durchdringen". Die Instanzgerichte haben sich dem RG. nicht ohne weiteres gefügt. Von den OLG. haben sich Hamm (MuW. XV, 391) und Kiel (LZ. 1916, 347) wohl als erste widersetzt, andere OLG., namentlich Dresden, haben sich dann angeschlossen (vgl. die Nachweise bei Rosenthal, WettbewG. 56), aber es ging doch, wie es immer geht: Die Autorität des RG. war so groß, daß, als das RG. dauernd an seiner Auffassung festhielt, sich die Praxis doch allmählich in weitem Umfange fügte, und ein früheres Mitglied des derzeitigen 6. Sen. des RG., Meyer, glaubte in Recht 1924, 433 schon mit Befriedigung feststellen zu können, es sei „im Blätterwald des juristischen Schrifttums" still geworden von dem Kampf, der noch vor einigen Jahren gegen den 6. Sen. geführt sei. Aber alsbald traten wieder Ernst Fuchs (JW. 1925, 30) und Rosenthal (JW. 1925, 575) auf den Plan, und ein Hoffnungszeichen war es, daß Mansfeld, RGRKomm., 4. Aufl. Anm. 7 zu § 1004 BGB., wenn auch nur leise, Stellung gegen den 6. Sen. genommen hatte, während allerdings an anderer Stelle desselben Komm. Vorbemerkung 6 vor § 823 BGB. (bearb.: Schaffeld) die Lehre dieses Sen. noch als maßgeblich und zutreffend vorgetragen wurde.

Jetzt hat der 2. ZS. des RG. so gründlich und entschieden mit der Ansicht des früheren 6. ZS. aufgeräumt, daß die letztere nunmehr wohl für die Praxis als endgültig tot gelten kann. Die Gründe der reichsgerichtl. Entsch. fassen im wesentlichen das zusammen, was die Gegner des 6. Sen., insbes. Rosenthal, immer wieder betont hatten. Das Entscheidende bleibt, daß die Strafklage, die öffentl. Interessen dient und eine begangene Tat sühnen will, auf ganz anderem Gebiete liegt und ganz anderen Zwecken dient als die vorbeugende Unterlassungsklage, die im Interesse des Verletzten eine drohende Wiederholung verhindern soll. Anstatt, daß man von dem Gesetzgeber, der in den gewerblichen Schutzgesetzen Unterlassungsanspruch und Strafe wohlweislich nebeneinanderstellte, lernte und diesen allein zutreffenden Grundsatz auch auf das BGB. anwandte, sah sich der 6. Sen. genötigt, die Regelung in diesen Ges. als Ausnahme zu behandeln. So hatte denn der Kreditschädiger gegen den Unterlassungsanspruch den wundervollen, jedem Rechtsgefühl ins Gesicht schlagenden Einwand: „Was willst du denn? Ich habe dich doch sogar beleidigt". Dann mußte die Klage schleunigst abgewiesen werden. Zu recht absonderlichen Ergebnissen führte die Anwendung des § 193 StGB. Verlangte doch der 6. Sen. in Verfolg seiner verfehlten Grundauffassung allen Ernstes, daß der Kl., um mit seiner Unterlassungsklage durchzudringen, darlegen müsse, daß dem lieben Bekl. der Schutz des § 193 StGB. zur Seite stehe, er also straffrei sei (vgl. RG. 88, 131). Die schlimmste Frucht der Rechtsprechung des 6. Sen. aber war, daß gerade da, wo die Hilfe des Gerichts am nötigsten war, sie schmählich versagte. Dies war auf dem Gebiet der einstweiligen Verfügung. Gegenüber dem Pamphletschreiber, der seine Erzeugnisse in weiteste Kreise versandte, half, um dem Treiben Einhalt zu tun, am durchgreifendsten die sofortige mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchzuführende einstweilige Verfügung. War aber ein Unterlassungsanspruch bei straf-

baren Beleidigungen nicht gegeben, so war es nur folgerichtig, auch den Schutz der einstweiligen Verfügung zu versagen, wie es z. B. OLG. Hamburg: LZ. 1920, 534 getan hat. Die strafrechtliche Verurteilung kann bei Beleidigungen durchweg nicht entfernt so schnell erfolgen, daß sie als Abhilfsmittel gegen drohende weitere Ehrverletzungen überhaupt noch in Betracht käme, und so konnte Rosenthal (JW. 1920, 245) wohl mit Recht klagen, daß in keiner Kulturnation der gute Ruf der Volksgenossen so kümmerlich geschützt sei, wie in Deutschland.

Sieht man die Entsch. im Zusammenhang durch, in denen der 6. Sen. seine Auffassung zur Geltung gebracht hat, so überzeugt man sich, daß es durchweg Fälle waren, in denen der in seinen Rechten schwer Verletzte dringend des richterlichen Schutzes bedurft hätte. Und warum wurde er ihm versagt? Meyer hat uns in Recht 1924, 433 darüber aufgeklärt, daß es nicht so sehr theoretische Bedenken waren als vielmehr die Besorgnis vor einer „Flut von Unterlassungsklagen", die über die Gerichte hereinbrechen könnte.

Aber diese Furcht, die ja als ernster Grund überhaupt nicht in Frage kommt, dürfte tatsächlich schon damals unbegründet gewesen sein. Heute bei den hohen Kosten und Vorschüssen wird die Neigung zu frivolen Prozessen noch mehr herabgedrückt. Die Hauptsache aber bleibt, daß es im Ergebnis einfach Rechtsverweigerung ist, wenn der Zivilrichter die ihm gebotene Möglichkeit, dem Kreditschädiger wirksam den Mund zu stopfen, durch den Hinweis auf den Strafrichter von sich weist. Die Instanzgerichte werden die jetzt ergangene Entsch. begrüßen als eine Befreiung von einem Hemmnis, das aus unrichtigen Erwägungen heraus auf den Weg des zivilen Ehrenschutzes gelegt war. **Vizepräsident Dr. Matthiessen, Kiel.**

B. Es handelt sich um eines jener bedeutungsvollen Urt., in denen das RG. von der bisherigen Rspr. abrückt und mit wohlerwogenen Gründen den zivilrechtlichen Rechtsschutz so weit ausdehnt, wie es zur Sicherung des redlichen Verkehres erforderlich scheint. Es ist der Vorzug der bürgerlichen Rechtsordnung, daß sie der fortschreitenden Entwicklung freie Bahn läßt durch die Aufstellung allgemeingültiger Rechtsgrundsätze, die ihren Inhalt wie ihr Geltungsgebiet erst durch die Rechtslehre und die Rspr. empfangen. Das gilt vor allem für das Verbot des Handelns gegen die guten Sitten und gegen den redlichen Wettbewerb im Geschäftsbetriebe. Dem damit dem rechtfindenden Richter zugesprochenen Vertrauen muß sein Verantwortlichkeitsbewußtsein entsprechen. Es ist begreiflich, daß er sorgsam und peinlich abwägt, wieweit er vorgehen soll und daß erst allmählich das Einschießen auf das Ziel gelingt und Grundsätze errungen werden, die die Geltung von stabilen Normen beanspruchen dürfen. Zu einem solchen Ergebnis führt das vorliegende Urt. hin. Es scheint wichtig, dies etwas nachdrücklicher zu unterstreichen.

Zunächst wird festgestellt, daß der beklagte Konsumverein im regelmäßigen Geschäftsbetriebe Waren an Nichtmitglieder verkauft und damit gegen das Verbot des GenG. v. 20. Mai 1898 § 8 Abs. 4 verstoßen hat. Die Übertretung dieses Verbotes wird nach § 152 Abs. 1 mit einer Geldstrafe bis zu 150 ℳ bestraft. Das RG. legt eingehend dar, daß es darauf ankommt, ob der Verkauf seitens des beklagten Konsumvereines objektiv im regelmäßigen Geschäftsverkehre an Nichtmitglieder stattgefunden habe. Es bejaht dies auch für die sog. Probe- oder Werbeverkäufe an Nichtmitglieder, sofern nicht von den Käufern ausdrücklich die Absicht erklärt worden ist, sie wollten die Ware prüfen und sie stellten in Aussicht Mitglieder zu werden, wenn Ware und Preis sie zufriedenstellten. Diese ausdehnende Auslegung ist durchaus berechtigt, weil sonst jeder Verkauf an die Außenstehenden als ein Werbeverkauf hingestellt werden könnte und das Verbot damit jede Bedeutung und Anwendung verlieren müßte. Das Verbot hat den Zweck, die wirtschaftliche Existenz der kaufmännischen Einzelbetriebe vor dem bedrückenden Wettbewerb und der wirtschaftlichen Übermacht der Konsumvereine zu schützen. Es ist mithin ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB. und ist als solches bestimmt, mit der Gesamtheit des Einzelhandels auch den durch seine Verletzung betroffenen einzelnen Kaufmann zu schützen.

Die entscheidende Frage geht nun dahin, wie dieser Rechtsschutz sich auswirkt und von dem Verletzten verwirklicht werden kann. Da § 152 GenG. eine öffentl. Strafe androht, ist zunächst an die Verfolgung des rechtsverletzenden Vereins im öffentl. Strafverfahren zu denken. Daneben kommen in Betracht als privatrechtliche Rechtsbehelfe der Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB. und die Unterlassungsklage nach § 823 und § 1 UnlWG. Von dem Schadenersatzanspruche kann hier abgesehen werden. Wir begrenzen die Untersuchung auf die Frage: ist die vorbeugende Unterlassungsklage auch dann gegeben, wenn die zu untersagende Handlung unter öffentl. Strafe gestellt ist? So die Überschrift zu RG. 116, 151 = JW. 1927, 1471. Hiermit erhebt sich die getroffene Entsch. über den Einzelfall hinaus zu großer allgemeiner Bedeutung. Die bisherige Meinungsverschiedenheit soll eine abschließende Lösung finden. Der 6. Sen. des RG. hatte zäh trotz allen Widerspruchs (vgl. besonders Rosenthal: JW. 1914, 1063; 1925, 576 und Wettbewerbsgesetz, 6. Aufl., S. 54 mit eingehenden weiteren Nachweisen) daran festgehalten, daß die zivilrechtliche Klage hier ausgeschlossen sei. Der 2. ZS. aber läßt jetzt beide Rechtsschutzmittel nebeneinander zu.

Eine begründete Stellungnahme ist nur möglich, wenn wir erkennen, daß es sich letzthin um das Problem der Gesetzeskonkurrenz handelt. Nicht um eine „Anspruchskonkurrenz". Denn bei dieser stehen an sich verschiedene Mittel zu Gebote, um denselben Zweck oder die gleiche Befriedigung eines Rechtsanspruches zu erreichen; der Verleiher kann die verliehene Sache mit dem Eigentumanspruche oder mit der Vertragklage zurückverlangen. Der Berechtigte kann jedes der zivilrechtlichen, mithin auf dem gleichen Rechtsgebiete stehenden Mittel nach freier Wahl benutzen und mit ihnen wechseln, bis der volle Erfolg erreicht ist (elektive Klagenkonkurrenz). Der vorliegende Fall dagegen verweist auf Rechtsbehelfe, die ganz verschieden gearteten Rechtsgebieten angehören und deren jeder den gerade ihm und nur ihm gemäßen, eigenartigen Rechtsschutz gewähren soll. Er gebietet die Prüfung, wie sich die öffentlich-rechtlichen Strafandrohungen zu den zivilrechtlichen Schutzansprüchen verhalten. Schließen sie sich gegenseitig aus oder sollen sie einander ergänzen? (Im Juristenjargon: stehen sie in exklusiver oder in kumulativer Konkurrenz zueinander?) Daß die lex specialis die Anwendung der zugehörigen lex generalis ausschließt, gilt uns als anerkannte Rechtsregel; man kann aber schwerlich sagen, daß Strafrecht und Zivilrecht in einem derartigen Verhältnisse zueinander ständen. Eine einheitliche allgemein gültige Antwort läßt sich nicht geben; es fehlt auch anscheinend jede eindringliche Untersuchung über diese Richtung der Gesetzeskonkurrenz. Insofern steht der vom 6. ZS. (RG. 77, 222 = JW. 1911, 981) aufgestellte Lehrsatz: wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentl. Strafe bedroht ist, ist für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum, in der Luft; auch Lau (Gruch. 47, 503), von dem dieser Satz wörtlich übernommen ist, gibt keine Begründung dafür.

Wir begrenzen die Überlegung auf das Verhältnis zwischen der öffentl. Strafverfolgung und der zivilrechtlichen Unterlassungsklage. Daß beide keineswegs unvereinbare Gegensätze bilden, sondern sich ergänzend nebeneinander bestehen können, wird in dem UnlWG. ausdrücklich vorgesehen. Umgekehrt ist klar, daß jemand, der in seiner Fabrik öfter bestohlen wird, gegen den Übeltäter nicht eine Unterlassungsklage erheben kann mit dem Antrage, dem Bekl. soll das Begehen weiterer Diebstähle untersagt und für jeden Fall des Zuwiderhandelns eine besondere Geldstrafe angedroht werden. Weshalb das nicht? Offenbar deshalb, weil der Diebstahl nach dem geltenden Rechte nicht als eine den Privaten verletzende widerrechtliche Handlung, sondern als eine gegen die allgemeine Ordnung und Wohlfahrt verstoßende Untat behandelt und seine Verfolgung daher ausschließlich der öffentl. Strafpflege vorbehalten werden soll. Es handelt sich zunächst um das innere Rangverhältnis der Rechtsgebiete; wobei die vielgehörte Behauptung, daß das öffentl. Recht stets und unbesehen dem privaten vorzuziehen sei, mit gebührender Vorsicht aufzunehmen ist. Sodann aber vor allem darum, ob aus dem Sinn und Zweck eines Gesetzes zu entnehmen ist, daß es sich die ausschließliche Geltung für ein bestimmtes Gebiet beilegen will. Die Lösung dieser Frage bereitet besondere Schwierigkeit, wenn beide der konkurrierenden Gesetze auf eine Strafandrohung hinauslaufen. Hier setzte denn auch der 6. ZS. ein: die Unterlassungsklage führt nach § 890 ZPO. zu einer nach strafrechtlichen Grundsätzen zu vollstreckenden Strafe; ihr Ergebnis deckt sich mit dem der öffentl. Strafe; neben ihr kann nicht noch eine private Strafandrohung ergehen, diese muß der öffentl. des Strafgesetzes weichen. Damit wird mit gewissem Eindrucke an den unseren Rechtsaufbau beherrschenden Grundsatz von der Ökonomie der Rechtsbehelfe angeknüpft. Er gilt vor allem hier, wo zur Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften durch Rechtsübung eine Unterlassungsklage geschaffen werden soll: wo das Gebiet durch eine öffentl. Strafandrohung bereits besetzt ist, braucht sie nicht mehr nachhelfend einzutreten. Aber genauerer Überlegung halten diese Gedanken nicht stand. Daß mehrere Rechtsnormen sich ergänzen und nebeneinander Anwendung finden, ist nur dann ausgeschlossen, wenn bei gleichem Zwecke auch die Mittel des Rechtsschutzes von gleicher Eigenart sind. Und das ist hier gerade nicht der Fall. Man darf nicht bloß auf den letzten Erfolg hinschauen und die Gleichheit der Rechtsschutzmittel bereits deshalb als erwiesen ansehen, weil es nach dem GenG. wie nach § 890 ZPO. zu einer Geld- oder Haftstrafe kommen kann. Diese Strafen haben ganz verschiedenen Charakter. Die eine wird auf Grund der bereits feststehenden staatlichen, im öffentl. Interesse erlassenen und gegen die Allgemeinheit gerichteten Strafnorm verhängt; bei der anderen wird auf eine Zivilklage hin zum Schutze des einzelnen Kl. eine Strafandrohung neu geschaffen, die dessen persönliche Interessen berücksichtigt und sich von vornherein nur gegen den bestimmten Bekl. richtet. Es bedeutet für den Betroffenen einen großen Unterschied, ob er nach dem öffentl. Gesetze vor dem Strafgerichte „bestraft" worden ist oder ob er vom Zivilrichter einer „Beugungsstrafe", die der Buße nahesteht, unterworfen wird.

Eine befriedigende Antwort kann nicht gefunden werden, wenn

10. § 1 KunstschutzG. Der Begriff des Kunstwerks erfordert eine individuelle geistige Schöpfung.]†)

Kl. entwarf auf Bestellung der 1. Bekl. für „O.s Marmeladen Marke Dompfaff“ das Titelbild eines Preislistenumschlags (B) und lieferte eine größere Anzahl derart bebilderter Umschläge. Später ließ die 1. Bekl. durch die 2. Bekl. ein Titelbild (A) entwerfen, stattete ihre Preislisten damit aus und brachte sie in Verkehr; auch ein großes Aushangbild (C) ließ sie herstellen. Kl. beansprucht für ihr Bild (B) Kunstschutz und bezeichnet die der 2. Bekl. (A und C) als Nachbildungen des ihrigen. Der Antrag der vorliegenden Unterlassungsklage bezieht sich aber nur auf das Preislistenbild (A). Das LG. hat abgewiesen, weil das Bild der Kl. (B) kein Kunstwerk sei. Das BG. hat abgeändert und der Klage stattgegeben; übereinstimmend mit einem vom LG. eingeholten Gutachten der Preuß. Künstlerischen Sachverständigenkammer bejaht es für B die Kunstwerkeigenschaft, für A die Nachbildung. Die Rev. war ohne Erfolg. 1. Schon 1915 verwendete die 1. Bekl. zum Aufkleben auf die von ihr vertriebenen Gefäße mit Fruchtmus u. dgl. bebilderte Schildchen, die ihr die 2. Bekl. entworfen hatte. Anordnung und Ausstattung dieser Papierschilder war, abgesehen von einigen hier unwesentlichen Einzelheiten, durchweg so, daß ein liegendes rot umrandetes Eirund auf hellem Grunde oben den Namen O., unten die Bezeichnung des Gefäßinhalts (Kirschmarmelade usw.) trug. Inmitten des nicht immer gleichgroß gehaltenen eirunden Feldes — die Breite der dem Gericht vorgelegten Stücke wechselt von 9—15, die Höhe von $6\frac{1}{2}$ bis $11\frac{1}{2}$ cm — saß innerhalb eines gelben Kreises von 4 cm Durchmesser ein Dompfaff (Körperlänge etwa $3\frac{1}{2}$ cm), dem Beschauer die rechte Seite zuwendend, auf einem Zweige mit Früchten; Vogel, Früchte, Blätter, Himmelshintergrund mit offensichtlicher Annäherung an die Naturfarben ausgeführt. Auf manchen Schildern hing an den Zweigen oder Stauden nur einerlei Frucht, entsprechend der Aufschrift, welche den Inhalt des Gefäßes angab; andere wieder wiesen straußartig gemischten Fruchtanhang auf (Pflaumen, Äpfel, Kirschen, Erdbeeren usw.). Nach einem solchen Schilde — in welcher näheren Ausführung es gehalten war, ist nicht festgestellt — fertigte die Kl. für die 1. Bekl. auf deren Bestellung den bebilderten Preislistenumschlag B von etwa 14 cm Breite und etwa $19\frac{1}{2}$ cm Höhe an. Seine Vorderseite zeigt auf grauem Hintergrund unten einen schwarzen würfelähnlichen Block oder Sockel mit der grünen Inschrift „O.s Marmeladen“, oben auf dem Blocke gehäuft verschiedene Früchte. Über dem Block,

---

von dem strafrechtlichen Verbote ausgegangen wird. Zuerst muß feststehen, daß ein vom Gesetze *anerkanntes, subjektives Recht* (sog. Rechtsgut) vorliegt. Damit ist zugleich bejaht, daß es des zivilrechtlichen Schutzes teilhaftig ist. Nur soweit dieser nicht ausreicht, werden etwa noch Strafverbote herangeholt. Da diese sich in ihrer Wirkung oft als wenig zuverlässig erweisen, ist die neuere Rechtsbildung zur Schaffung der vorbeugenden Unterlassungsklage fortgeschritten. Diese steht immer im Dienste eines Verbotes. Sie will als eigenartiges Rechtsschutzmittel dem Zwecke eines zivilen Verbotgesetzes dienen. Ihr Anwendungsgebiet ist danach dem Rechtsschutzbedürfnis anzupassen. Das Problem ist, wieweit in den vom Gesetze nicht ausdrücklich geordneten Fällen die Nachhilfe durch die Unterlassungsklage gegenüber den bereits bestehenden Rechtsbehelfen notwendig oder zweckdienlich sei. Die gewohnheitsrechtliche Bildung ist hierfür noch nicht abgeschlossen. Sie steht jedenfalls unter dem Gedanken, daß *jedes anerkannte Recht den ihm gebührenden Schutz finden soll und, soweit es das Schutzbedürfnis erheischt, durch Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage.* Danach muß von der *selbständigen Natur* und Bestimmung der Unterlassungsklage ausgegangen werden; sie ist nicht nur als Anhängsel einer strafrechtlichen Vorschrift und nicht als Ableger einer Haftung aus Delikten anzusehen.

Die Anwendung auf den hier entschiedenen Fall führt zu folgendem Ergebnis. Das an die Konsumvereine gerichtete Verbot, Waren an Nichtmitglieder zu verkaufen, bedeutet ein Schutzgesetz zugunsten der Einzelkaufleute. Sie haben damit ein subjektives Recht erlangt zur Abwehr des gesetzlich als unlauter gekennzeichneten Wettbewerbes. Das Recht zur Abwehr erzeugt aus sich heraus nach heutiger Rechtsanschauung den zivilrechtlichen Anspruch auf Unterlassung weiterer Rechtsverletzungen. Es ist nicht nötig und stört nur den klaren Aufbau, wenn hierfür noch Delikthaftung und Strafgesetze herangeholt werden: *wird der dem einzelnen durch die zivilrechtliche Unterlassungsklage gewährte Rechtsschutz deshalb aufgehoben, weil dieselbe rechtsverletzende Handlung außerdem noch im öffentlichen Interesse unter eine Strafandrohung gestellt ist?* Das ist grundsätzlich zu verneinen. Die Unterlassungsklage bleibt der *primäre* und für den einzelnen würdigere Rechtsschutzbehelf. Ihr muß die Anerkennung als des Fundamentes für alle gewerblichen Schutzrechte bleiben. Sie tritt nicht (wie der 2. ZS. noch angibt) ergänzend neben die gesetzliche Regelung der Schadenersatzpflicht aus Delikten, sondern umgekehrt mögen die Delikthaftung und die Strafe noch aushelfen, wo die Unterlassungsklage nicht ausreicht.

Anders wäre zu entscheiden, wenn die Strafandrohung des § 152 GenG. (was an sich möglich wäre) den Tatbestand des verbotenen Verkaufes an Nichtmitglieder als ihr allein zugehörig ergriffen hätte, sie eine bewußt exklusive Ordnung geben wollte, die nach der Art einer lex specialis keine anderen Rechtsfolgen oder Sanktionen neben sich duldet. Etwa wie die Strafandrohung wegen Tötung die andere wegen Körperverletzung verschlingt (F. Lent, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und Zivilprozeß Bd. 1 S. 9 f., 17 f.). Eine derartige ausschließliche Geltung kommt aber dieser Strafnorm weder nach ihrem Zwecke noch nach ihrem Inhalte zu. Was dort nach öffentl., gewerbepolizeilichen Grundsätzen bestraft und was hier durch die Unterlassungsklage verfolgt und vollstreckt wird, sind in ihrer Rechtsnatur so völlig verschiedene Tatbestände, daß das Gesetz sie zu einer Einheit nicht verschmelzen kann. Das wird zunächst bestätigt durch den Unterschied der Tatbestandsvoraussetzungen: die Bestrafung nach § 152 ist abhängig von dem subjektiven Verschulden des Täters, während die Unterlassungsklage bereits durch den objektiven Tatbestand des Zuwiderhandelns gegen das Verbot und die Wiederholungsgefahr gerechtfertigt wird und sogar gegen einen geisteskranken Täter durchdringt (RG. 109, 276). Hierzu tritt der bedeutsame Unterschied bei der Erwirkung des Rechtsschutzes: bei der öffentl. Strafverfolgung ist der Geschädigte abhängig von der Bereitwilligkeit und der Rechtsüberzeugung des zuständigen Beamten, während er die Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht aus eigener Macht und Verantwortlichkeit betreiben kann. Das erscheint nicht bloß würdiger, sondern auch erfolgreicher. Vor allem ist der Erfolg einer Unterlassungsklage weitaus stärker. Die öffentl. Strafandrohung ist in ihrem Eindruck geschwächt, weil sie sich an alle insgesamt richtet und der einzelne gerne damit rechnet, daß er ihr unbemerkt entschlüpfen könne. Wenn dagegen im Urt. des Zivilgerichtes der bestimmte Täter festgelegt und ihm persönlich das Verbot unter Androhung gewisser Strafen ausgesprochen worden ist, so wird damit regelmäßig jede weitere Rechtsverletzung verhütet werden. Hier haben wir es mit einem wirklich erfolgreichen Schutzbehelfe zu tun: es spräche gegen jede vernünftige Organisation der Rechtsordnung, wenn wir den unzweifelhaft wirkungsvollen Rechtsschutz versagen wollten, weil daneben ein minderwertiges Strafverbot bestehe.

Was dem vorliegenden Urt. hohe Bedeutung verleiht, ist seine Tendenz, den zivilrechtlichen Schutzbehelfen freie Bahn zu lassen, soweit sie zur vollen Verwirklichung des anerkannten subjektiven Rechtes notwendig sind. Hiernach mag es der Führer sein für die Weiterentwickelung der Unterlassungsklage insbes. auf dem Gebiete der gewerblichen Schutzrechte. Das RG. sagt nicht, daß neben jedem Strafverbote auch noch eine Unterlassungsklage zulässig sei; ein solcher Satz läßt sich nicht durchführen. Wohl aber befreit uns der 2. ZS. von dem Bannworte, daß eine Unterlassungsklage neben dem Strafverbote überhaupt nicht bestehen könne. Die weitere Ausbildung muß von der Natur und Selbständigkeit der Unterlassungsklage ausgehen und dabei ihr Anwendungsgebiet genau umschreiben. (Ist ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anzuerkennen? was RG. 113, 414 noch in Abrede stellt.) Nicht beantwortet ist die Frage: kann die öffentl. Strafe noch ausgesprochen und vollstreckt werden, nachdem der Täter wegen derselben Rechtsverletzung auf die Unterlassungsklage hin nach § 890 ZPO. bestraft worden ist? Für den umgekehrten Fall scheint mir sicher zu sein: die Bestrafung nach § 152 GenG. wegen der begangenen Verbotübertretung hindert nicht, daß der Zivilrichter, wie es dem Wesen der Unterlassungsklage entspricht, für die künftigen Fälle des Zuwiderhandelns erneute Strafen ausspricht.

Geh. Rat Prof. Dr. F. Endemann, Heidelberg.

Zu 10. Die Erwägungen des RevG. sind völlig zutreffend. Es genügt für den Begriff des Werkes der bildenden Künste, wenn auch nur einer der Zwecke des Werkes der ist, auf das Schönheitsgefühl des Beschauers befriedigend oder doch anregend zu wirken. Daneben kann das Werk, wie dies bei kunstgewerblichen Erzeugnissen (hier Preislisten-Titelbildern) der Fall ist, praktische Zwecke verfolgen. Die Wirkung auf das Gefühl muß erreicht sein durch eine individuelle, schöpferische, formgebende Tätigkeit. Diese liegt nicht nur dann vor, wenn in jeder Beziehung Neues, Originelles geschaffen wird, sondern auch dann, wenn einzelne Züge oder Elemente aus bereits vorhandenen Werken entnommen, aber in so eigentümlicher Weise unter sich und mit anderen verbunden werden, daß dadurch ein neues, selb-

etwas rechts von der Mittellinie des Bildes, sitzt auf niederem schwarzen Geländer ein dem Beschauer die linke Seite zukehrender Dompfaff. Er hebt sich von einem stehenden grünen Eirund ab, dessen schwarzen Rahmen er mit dem Schwanz überschneidet. Das Eirund mißt (einschl. Rahmen) in der Höhe etwa 9, in der Breite etwa 7¼ cm; die Länge des Vogelkörpers beträgt etwa 8½ cm. Vogel und Früchte sind auch hier mit ersichtlicher Annäherung an die Naturfarben dargestellt. Wären die von der 2. Bekl. gefertigten kreisrunden Bilder auf den Klebschildchen keine Werke der bildenden Kunst, so hätte auch die Kl., die sie für ihr Bild (B) als Vorlage benutzte, damit kein Werk jener Kunst nachgebildet. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob den Klebzettelbildern Kunstwerkeigenschaft zukomme. Denn wenn dies der Fall wäre, so läge keine Nachbildung, keine unfreie Benutzung vor; das Bild B der Kl. ist nach der von Rechtsirrtum freien Feststellung des BG. ein selbständiges Werk der bildenden Kunst. Verwendung des Leitgedankens, auf dem Bild einen Dompfaffen darzustellen, der, umrahmt, über oder inmitten von Früchten sitzt, war der Kl. von der 1. Bekl. eigens aufgetragen worden; in diesem Sinn und zu diesem Zwecke hatte sie von ihr ein Schildchen der beschriebenen Art vorgelegt erhalten. Gemeinschaft des Gegenstandes oder des Grundgedankens oder beider braucht das spätere Bild, dessen Schöpfer das frühere kannte und benutzte, zu diesem früheren nicht in einen Zusammenhang zu bringen, der sich als unfreie Benutzung (§ 16 KunstSchG.) oder gar als Nachbildung (§ 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2) kennzeichnet. Auch sonstige Entnahme aus dem älteren Werke kann sich hinzugesellen, ohne daß das Ergebnis unfreie Benutzung sein muß. Entlehnte Züge und übernommene Einzelheiten können durch eigenartige Zusammenfügung und besondere Gestaltung des ganzen in eine Verbindung gebracht werden, welche die Merkmale freier Benutzung aufweist und das neu Geschaffene vermöge der von ihm ausgehenden Wirkung auf das Schönheitsgefühl zu einem selbständigen Werke der bildenden Kunst erhebt. Ohne Verstoß gegen Rechtsvorschriften und Auslegungsgrundsätze nimmt das BG. an, daß die Kl. in ihrem Preislistentitelbilde B — trotz Benutzung eines älteren von der 2. Bekl. entworfenen Schildes — mit den der Malerei geläufigen Mitteln etwas im Vergleich zur Vorlage Neues und Eigenartiges, also ein Werk der bildenden Kunst (§ 1 KunstSchG.), und zwar des Kunstgewerbes (§ 2), geschaffen hat. Dabei folgt es in Hauptgedanken und Ergebnis dem von ihm auf Stichhaltigkeit geprüften Gutachten der Preuß. Künstlerischen Sachverständigenkammer. Wenig Gewicht legt es auf Unterschiede von der Vorlage, die man in gewissen, vom Gutachten miterwähnten Einzelheiten des Bildes (B) finden kann. Mit Recht erklärt es für wesentlich: das zum Auge sprechende Gefüge des Aufbaus, den das Bild zeigt; die Art, wie es das einzelne zum eindrucksvollen Ganzen verbindet; also die auf den Schönheitssinn berechnete und ihn befriedigende oder zum mindesten anregende Leistung, welche das Gutachten Kompositionsschema nennt. Bezeichnend, neu und eigenartig ansprechend findet das BG. den im Gutachten überzeugend nachgewiesenen dreiteiligen Aufbau des Bildes: 1. Sockel mit der als Schrifttafel benutzten Schauseite; 2. dreieckig angeordnete Häufung der Früchte oben auf dem Sockel; 3. Dompfaff mit abschließend eingerahmtem Hintergrunde. Diese Anordnung weicht von jener der Vorlage völlig ab. Neu und wirksam sind ferner Wahl und Anordnung der Farben: schwarzer Grund der Schrifttafel mit grünen Lettern unten, grüner schwarzgerahmter Hintergrund des Dompfaffen oben; in der Mitte das wechselnde Bunt gemischter Früchte, gegen welches der Vogel sich durch den leuchtenden Purpur im Farbenkleide seine Geltung sichert. Darin liegt ebenfalls eine neue und eigentümliche Wirkung im Vergleich zu dem farbigen Schilde der 2. Bekl. Es mag wie eine gewisse Unebenheit im Gutachten der Sachverständigenkammer erscheinen, daß als weitere Unterschiede noch einige belanglose Einzelheiten erwähnt werden, die man der Vollständigkeit halber mitnennen mag: Eirund statt eines Kreises, Geländer statt eines Zweiges; Unterschiede, die hinwiederum bei der Nachbildungsfrage für die dort erforderliche Abwägung (unten Nr. 2) nichts Entscheidendes bedeuten. Von einem eigentlichen Widerspruch im Gutachten, der die Schlüssigkeit aufhebe, kann jedoch nicht die Rede sein. Der Meinung der Kl., daß die vom BG. getroffenen Feststellungen vom RevG. nicht nachzuprüfen seien, ist so allgemein, wie sie aufgestellt wird, nicht beizustimmen. Zwar liegt, was über Aufbau, Zusammenfügung, Farbenwahl wie über den Eindruck der Bilder auf Schönheits- und Kunstsinn im BU. gesagt ist, auf dem Felde der erfahrungsmäßigen Beobachtung des Lebens und somit der Tatsachenwürdigung (§ 286 ZPO.). Die Schlußfolgerung aber, daß mit den Mitteln bildender Kunst eine eigenartige Schöpfung, ein Kunstwerk, hervorgebracht sei, betritt das Gebiet der Gesetzesanwendung (§ 1 KunstSchG.). Die Erwägungen, aus denen das BG. der Kl. für ihr Preislistentitelbild B eine eigenartige schöpferische Leistung, dem Bilde die Eigenschaft eines kunstgewerblichen Erzeugnisses und somit Kunstwerkschutz zuerkennt, stehen durchaus mit der herrschenden Gesetzesauslegung im Einklang (RGSt. 6, 343 [344]; 23, 124 [134]; RG. 71, 355—358 [356[1]]; 72, 162—165 [164[2]]; Kohler, KunstwerkR. [1908], 27 ff.; ders., Das literar. und artist. Kunstwerk [1892], 37 ff.; Osterrieth, KunstwerkG. [1907], 16—26; Allfeld, KunstSchG. [1908], 28 ff. Bem. 15, 16, 19, 22 zu § 1; Riezler, Urh.- und ErfinderR. I [1909], 407 ff.; Dernburg, BürgR. VI [1907/10], 156 ff.; Crome, BürgR. IV [1908], 70 ff.). Die Rev. meint: Das Bild B schließe sich dem Papierschildchen in allen wesentlichen Merkmalen so getreu an, daß beide Bilder durchaus den gleichen Eindruck hinterlassen. Wie dargelegt, hat das BG. in rechtlich fehlerfreier Würdigung für Merkmale und Gesamteindruck das Gegenteil festgestellt; seine Gesetzesanwendung ist also nicht zu beanstanden. 2. Von dem Titelbilde B, die hiernach mit Recht Kunstwerkschutz beansprucht, ist das Bild A nach den rechtlich bedenkenfreien Feststellungen des BG. eine in unfreier Benutzung gefertigte Nachbildung (§§ 16, 15 Abs. 1 Satz 2 KunstSchG.). Das BG. führt, anknüpfend an die von dem Maler F. bezeugte Entstehung des Bildes A dazu aus: Daß es sich um eine Nachbildung und nicht etwa um eine unter freier Benutzung hervorgebrachte eigentümliche Schöpfung handelt, kann keinem Zweifel unterliegen. Beide Bilder sind auf den ersten Anblick zum Verwechseln ähnlich. Zwar sind einige kleine Abweichungen vorhanden: der Vogel sitzt in einem Kreise, statt in einem Eirund, auf einem Zweige, statt auf einem Geländer; das Früchtestilleben ist umgruppiert; die Schrifttafel schließt unten mit einer geraden, statt wie bei B mit einer geschweiften Linie ab. In allen wesentlichen Stücken aber hat sich der Maler der 2. Bekl. an sein Vorbild gehalten. Der ganze Aufbau und die Farbenzusammenstellung sind getreulich aus dem Bild A übernommen. Die Nachbildung geht in ihrer Abhängigkeit so weit, daß sogar Einzelheiten wie der den Rand der Umrahmung überschneidende Vogelschwanz und die bis in das O der Aufschrift überhängenden Kirschen aus dem Bilde B in A wiederkehren. — Begründeterweise folgt deshalb das BG. auch hierin dem Gutachten der Sachverständigenkammer, verneint, daß das Bild A eine eigentümliche Schöpfung der bildenden Kunst sei, und erklärt es für eine Nachbildung des Umschlagbildes B. 3. Ebensowenig wie §§ 1, 2, 15, 16 KunstSchG. sind die §§ 17, 37, 42 verletzt. Da die Kl. an ihrem Bilde B künstlerisches Urheberrecht hat, gebührt ihr allein das Recht der Herstellung und Verbreitung (§§ 15, 17). Sie ist zur Unterlassungsklage befugt, da, wie mit Grund angenommen wird, die Gefahr weiterer Verletzung ihres Rechtes besteht

ständiges Gesamtbild entsteht, das auf das Schönheitsgefühl des Beschauers eine Wirkung ausübt, die sich von der anderer Werke wesentlich unterscheidet. Auf Grund der tatsächlichen Feststellung, daß diese Voraussetzungen vorliegen, konnte und mußte das RG. zu dem Ergebnis gelangen, daß sich das Titelbild der Kl. als Werk der bildenden Künste darstellt. Da ferner festgestellt ist, daß das Bild der zweiten Bekl. im wesentlichen mit dem der Kl. übereinstimmt und nur in unwesentlichen Einzelheiten davon abweicht, wurde auch mit Recht eine Nachbildung angenommen; denn es steht außer Zweifel, daß Abweichungen, die das Wesen eines Kunstwerkes nicht berühren und die sich ja bei einer Nachahmung, um diese für den oberflächlichen Betrachter zu verdecken, fast stets finden, den Tatbestand der Nachbildung nicht ausschließen.

Geh. Rat Prof. Dr. Allfeld, Erlangen.

[1]) JW. 1926, 506. [2]) JW. 1910, 39.

(§ 1004 BGB., § 890 ZPO.). Vernichtung der im Besitze der Bekl. befindlichen Stücke zu verlangen, ist sie gleichfalls berechtigt (§§ 37, 42).

(U. v. 13. Juni 1927; 30/27 I. — Kiel.) [Ka.]

11. §§ 4, 5 PatG. Das gegenüber einem Verfahrenspatent bestehende Vorbenutzungsrecht erstreckt sich auf alle Benutzungsarten, auch auf das Inverkehrbringen des Verfahrens.]†)

Die Kl. ist Inhaberin des Patents Nr. 216 802, dessen Bezeichnung „Schuhkappen mit Verstärkungseinlage“ und dessen Anspruch folgendermaßen lautet: „Schuhkappen mit Verstärkungseinlage, dadurch gekennzeichnet, daß letztere aus Steifleinen mit ein- und aufgepreßten Zelluloidschichten besteht.“ Die Kl. stellt Schuhkappen nicht selbst her, sondern liefert die Verstärkungseinlage in ausgestanzter Form an Schuhfabriken. Die Bekl. stellt einen Stoff her, den sie „Dermatoid“ nennt, und den sie ebenfalls an Schuhfabriken liefert, jedoch ohne ihn vorher auszustanzen; der Stoff soll außerdem für Uniformkragen und Mützenränder geeignet sein. Die Kl. ist der Meinung, daß die Bekl. ihr Patent verletze, und klagt mit dem Antrage, der Bekl. zu verbieten, daß sie Verstärkungseinlagen für Schuhkappen aus einem Gewebe mit ein- und aufgepreßten Zelluloidschichten herstelle, in Verkehr bringe oder feilhalte. Ferner verlangt sie Rechnungslegung und Schadensersatz. Die Bekl. gibt zu, daß sie zeitweilig einen Stoff hergestellt habe, der in das Patent der Kl. eingreife, und dessen Herstellung sie infolge eines Schriftwechsels mit der Kl. seit dem Jahre 1913 aufgegeben haben. Dagegen bestreitet sie, daß der Stoff, den sie jetzt herstelle, das Patent verletze. Sie beruft sich in erster Linie auf ein Vorbenutzungsrecht, da sie den zuletzt genannten Stoff schon vor der Anmeldung des Klagepatents vertrieben und sich schon damals als Gebrauchsmuster habe schützen lassen. Die Kl. hat hierauf erwidert, daß das Patent ein Verwendungspatent und eine Vorbenutzung nur insoweit möglich sei, als die Bekl. den Stoff in ihrem eigenen Betriebe für Schuhkappen verwandt habe; das sei aber nicht geschehen. Die Klage ist abgewiesen worden. Mit Recht hat das BG. angenommen, daß das Patent die Verwendung des nach bekanntem Verfahren hergestellten Versteifungsmaterials für Schuhkappen schützt, daß also Gegenstand des Patents ein Verfahren ist, und zwar nicht das Verfahren der Herstellung des Versteifungsmaterials — denn dieses Verfahren wird als bekannt vorausgesetzt —, sondern das Verfahren der Verwendung dieses Materials für Schuhkappen. Ist hiernach das Patent ein Verfahrenspatent, so ist dem BG. im Ergebnis auch darin beizutreten, daß die Bekl. einen Tatbestand nachgewiesen hat, der ihr ein Vorbenutzungsrecht i. S. des § 5 PatG. gibt. Diese Vorschrift will den zur Zeit der Patentanmeldung bestehenden Besitzstand aufrechterhalten: wer den Gegenstand der Erfindung bisher benutzt hat, soll ihn auch weiter benutzen dürfen, sofern die Benutzung sich auf die Bedürfnisse des eigenen Betriebes beschränkt. Unter dieser Voraussetzung kann die Benutzung nicht zu einer Patentverletzung werden. Dabei ist auch eine Erweiterung des Betriebes nicht ausgeschlossen (RG. 110, 224[1])). Die Benutzung i. S. des § 5 begreift in sich alle in § 4 genannten Benutzungsarten, soweit sie an dem Gegenstande der Erfindung überhaupt denkbar sind, bei einem Verfahrenspatente also insbesondere auch das Inverkehrbringen des Verfahrens. Wie nun ein Verfahren durch Veräußerung des Rezeptes in Verkehr gebracht wird (RG. 46, 14), so ist das hier in Rede stehende Verfahren von der Bekl. dadurch in Verkehr gebracht worden, daß sie ihr Versteifungsmaterial zum Zwecke der Herstellung von Schuhkappen veräußerte (vgl. RGSt. 37, 111). Das hat sie nach der Feststellung des BG. schon vor der Patentanmeldung getan, oder sie hat doch mindestens die dazu erforderlichen Veranstaltungen schon vor diesem Zeitpunkte getroffen. Mit Recht ist auf die Gebrauchsmusteranmeldung v. 11. Mai 1908 verwiesen, während die Patentanmeldung erst am 1. Juli 1908 erfolgt ist. Letztere fand also schon einen Besitzstand der Bekl. vor, und dieser Besitzstand muß ihr gewahrt bleiben. Soweit in der Entsch. v. 26. Jan. 1907 (Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen 13, 130 f.) eine hiervon abweichende Auffassung zum Ausdrucke kommt, hält der Sen. an ihr nicht fest.

(U. v. 25. Mai 1927; 366/26 I. — Frankfurt.) [Ka.]

12. § 1 UnlWG. Bei zwei gleichlautenden Titeln zweier Zeitungen kann derjenige, der die Bezeichnung früher angenommen hat, dem Späteren die Führung der Bezeichnung nicht verbieten, wenn diese Bezeichnung der anderen Zeitung im Verkehr schon vorher beigelegt worden war.]†)

(U. v. 23. Nov. 1926; 61/26 II. — Berlin.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1927, 1098.

Zu 11. Die vorliegende Entsch. bedeutet eine, übrigens durch mehrere andere Entsch. vorbereitete Abkehr von der früheren Rspr. des RG. Sie betrifft einen der interessanten Fälle, in denen ein Verwendungsverfahren geschützt ist. Ist es nun eine Benutzung dieses Verfahrens, wenn jemand gewerblich Erzeugnisse veräußert, welche von dem Abnehmer in einer jenes Verfahren objektiv verletzenden Weise gebraucht werden können und voraussichtlich auch wirklich werden benutzt werden. Wird die Frage bejaht, so liegt in solcher Verbreitung von Erzeugnissen eine Verletzung des Patentes. Und wenn diese Verbreitung schon vor Anmeldung des Patentes erfolgt war, so kann sie ein Vorbenutzungsrecht begründen. In seiner früheren Rspr. hatte das RG. diese Frage verneint, so namentlich in dem berühmten Urt. v. 26. Jan. 1907, betr. die Verwendung von Holzmehl zu Streuzwecken in Bäckereibetrieben (PMZW. 13, 130). Später sind dem RG. Bedenken gekommen, und auch die gegenwärtige Entsch. vertritt, unter bewußter Abkehr von jenem Urt., nunmehr die Auffassung, daß durch die frühere Veräußerung von Erzeugnissen, welche eine Anwendung des durch das spätere Patent geschützten Verfahrens durch die Abnehmer ermöglicht, ein Vorbenutzungsrecht erworben werden könne.

Das Ergebnis ist zweifellos zu billigen, aber die Begründung erweckt Bedenken. Das RG. erblickt in dem geschilderten Vorgang einen Fall des Inverkehrbringens des Anwendungsverfahrens. Allein diese ganze Vorstellung ist reichlich unnatürlich. Von einem Inverkehrbringen des Verfahrens könnte man allenfalls dann reden, wenn einem Dritten die Kenntnis desselben (etwa durch Mitteilung des Rezeptes) oder auch eine für den Erwerber sonst nicht gegebene faktische Möglichkeit der Anwendung verschafft wird. Es braucht indessen der Fall in tatsächlicher Hinsicht keineswegs so gelagert zu sein. Viel näher liegt daher die Anschauung, daß der Veräußerer des zur Verfahrensanwendung geeigneten Stoffes seinerseits das Verfahren zur Anwendung bringt, allerdings nicht direkt, sondern mittelbar, indem er anderen die Möglichkeit zu solcher Anwendung gewährt. Man kann dafür den Begriff der mittelbaren Benützung aufstellen (vgl. Isay, Komm. § 4 Anm. 35; Kisch, Handbuch S. 174, namentlich Anm. 49). Diese Konstruktion hat den Vorteil, daß sie eine angemessene praktische Lösung auch für solche Fälle ermöglicht, in denen das Verfahren dem Abnehmer des Stoffes bereits bekannt ist, namentlich aber für die Fälle, in denen dieser das Verfahren nicht zu gewerblichen, sondern zu häuslichen Zwecken anwendet. Auch hat diese Auffassung den Vorzug, daß die subjektiven Erfordernisse schuldhafter Patentverletzung in der Person des Abnehmers nicht vorzuliegen brauchen und daß die Haftung des Veräußerers nicht erst auf dem Umwege über die Teilnahme an einer patentverletzenden Tat des Abnehmers, oder auf dem Umweg über eine mittelbare Täterschaft ermöglicht zu werden braucht, wofür vielfach die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen würden.

Nimmt man aber an, daß nach Patenterteilung das geschilderte Verhalten des Veräußerers eine Verletzung des Verfahrens (durch mittelbare Anwendung desselben) darstellt, so muß folgerichtig auch angenommen werden, daß ein solches Verfahren, wenn es vor Anmeldung jenes Patentes betätigt wurde, zur Begründung eines Vorbenutzungsrechtes führt, wie dies denn auch im Ergebnis von der vorliegenden Entsch. angenommen wird.

Daß auch die hier vertretene Behandlung des Falles gewissen theoretischen Bedenken unterliegt, soll freilich nicht geleugnet werden. Und es besteht Anlaß, bei der in Aussicht genommenen Neugestaltung des PatG. diesen praktisch häufigen und wichtigen Fall einer ausdrücklichen unzweideutigen Regelung zuzuführen.

Geh. JR. Prof. Dr. Kisch, München.

[1]) JW. 1925, 1397.

Zu 12. A. Anm. von RA. Hoffmann, Leipzig; abgedr. JW. 1927, 1098.

B. 1. Der Kritik Hoffmanns ist im Ergebnis zuzustimmen. Aber der verhängnisvolle Widerspruch, in den sich das RG. verwickelt hat, tritt erst hervor, wenn man die beiden Entsch. nebeneinander betrachtet, die der gleiche Tatbestand hervorgerufen hat. In JW. 1927, 1098 ist nur der Fall erwähnt, daß die Köbener Firma ihren seit 1922 benutzten Zeitungstitel „Oderzeitung“ gegen

13. §§ 1, 3 UnlWG. **Die Unterlagen für den Unterlassungsanspruch muß der Kläger beweisen. Die persönliche Reklame unter Vergleichung mit den Leistungen eines bestimmten Konkurrenten ist bei Gefahr des Mißverständnisses im Publikum in der Regel sittenwidrig.**]†)

(U. v. 11. März 1927; 321/26 II. — Darmstadt.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1927, 1574.

---

die i. J. 1924 auftretende „Oderzeitung" aus Frankfurt a. d. O. verteidigt. In der Entscheidung vom gleichen Tage 60/26 II (MuW. XXVI, 186) wurde über die Klage entschieden, mit der die Frankfurter „Oderzeitung" bzw. die „Frankfurter Oderzeitung" der Köbener „Oderzeitung" und der „Köbener Oderzeitung" beide Titel auf Grund des § 16 UnlWG. verbietet. Dies ist also die Klage, die Hoffmann im letzten Satz seiner Ausführungen mit Recht vermißt.

2. In beiden Prozessen will das RG. bei der Köbener Firma einen Verstoß gegen § 1 UnlWG. annehmen, wenn die „Frankfurter Oderzeitung" auch in der Gegend von Köben unter dem Schlagwort „Oderzeitung" bekannt war und die Köbener Firma dies wußte. „Denn dann war es offenkundig, daß sie durch Annahme des Namens ‚Oderzeitung' aus der auf der Hand liegenden Möglichkeit der Verwechslung mit der gleichfalls ‚Oderzeitung' genannten ‚Frankfurter Oderzeitung' für sich Nutzen ziehen wollte." Ein unanfechtbarer Satz, dessen Gedanke aber auch zur Begründung der Verwechslungsgefahr hätte verwendet werden müssen. Statt dessen wird die im Falle der Entwicklung des Namens „Oderzeitung" zum Schlagwort „auf der Hand liegende" Verwechslungsmöglichkeit verneint a) bei „Oderzeitung" einerseits „Köbener Oderzeitung" andererseits, b) bei „Frankfurter Oderzeitung" einerseits, „Köbener- oder Schlesische Oderzeitung" andererseits, c) bei „Frankfurter Oderzeitung" einerseits, „Oderzeitung" andererseits. Obwohl nun die Frankfurter Firma von Anfang an in beiden Prozessen behauptet hat, ihre „Frankfurter Oderzeitung", die i. J. 1880 gegründet worden war, sei seit vielen Jahren schlagwortartig als „Oderzeitung" bekannt, wird die Verwechslungsgefahr mit der philologisch vielleicht richtigen, zeichen- und firmenrechtlich falschen Begründung verneint, die Ortsbezeichnungen „Köbener" und „Frankfurter" seien bestimmt und geeignet, den weiteren Begriff „Oderzeitung" zu begrenzen, und seien nicht weniger unterscheidungskräftig als dieser, infolgedessen auch ausreichend, um die Verwechslungsmöglichkeit auszuschließen. So ergibt sich folgender Widerspruch: Die Sache wird an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um aufzuklären, ob das Wort „Oderzeitung" Schlagwort geworden sei und die Köbener Firma dies gewußt habe, denn dann liege ein Verstoß gegen § 1 UnlWG. vor; sie wird aber nicht zurückverwiesen, damit auf Grund dieser tatsächlichen Feststellung die Frage der Verwechslungsgefahr nochmals geprüft wird. Diese verneint das RG. unter allen Umständen!

Hiermit setzt sich das RG. in Widerspruch zu seiner bisherigen Rspr. in der Frage der Verwechslungsgefahr. (Man vgl. die Entsch. des 2. ZS. in MuW. XIII, 86, wo die „Vereinigten Berliner Kohlenhändler" gegen die „Vereinigten Charlottenburger Kohlenhändler" mit der Begründung die Löschungsklage erhoben, die Kl. sei allgemein unter der schlagwortartigen Abkürzung „Vereinigte" bekannt). Mit Recht hat das RG. erklärt, daß trotz unterscheidungskräftiger Zusätze wie „Berliner" und „Charlottenburger" gewisse Teile der Firmenbezeichnung zu Schlagworten werden können, die sich dann beim Publikum einbürgern und dadurch eine Verwechslungsmöglichkeit herbeiführen.

Gewerbliche Bezeichnungen können sich zu Schlagworten entwickeln durch die darauf gerichtete Propagandatätigkeit des Berechtigten wie bei den Zeichen „AEG.", „HAPAG", „Uralt"; sie können aber Schlagworte auch dadurch werden, daß sie im Laufe des Gebrauchs lediglich durch das Verhalten des Publikums eine stärkere Unterscheidungskraft und schließlich den Schlagwortcharakter gewinnen, wie „Mittelland", „Vereinigte". In beiden Fällen sind sie schutzfähig; mit größerer innerer Berechtigung im zweiten Falle. Wie der Firmenbestandteil „Vereinigte", so ist auch der Titelbestandteil „Oderzeitung" ohne Mitwirken des Firmeninhabers lediglich durch den Sprachgebrauch Schlagwort geworden. Sprachgebrauch ist aber hier nichts anderes als mundgerecht gewordene Verkehrsgeltung. Nach den vielen guten Urt. des RG. über den Schutz des tatsächlichen Verkehrszustandes, „der infolge einer rechtlich nicht zu beanstandenden gewerblichen Tätigkeit eingetreten ist", bedarf die Bedeutung des Begriffs der Verkehrsgeltung keiner Hervorhebung mehr (s. Urt. betr. Goldina JW. 1925, 2454; Lavendel-Orangen JW. 1926, 566; Vox JW. 1927, 108; Batschari-Krone JW. 1927, 774; „Mein Maco-Stolz" GewRSch. 1927, 191). Der von Edwin Katz (JW. 1926, 566) begrüßte Fortschritt der Rspr., der das Verständnis des Verkehrs zur maßgebenden Grundlage für den Erwerb des Rechtsschutzes werden läßt, hätte verhindern müssen, daß das RG. die vom BG. aufgestellte Bemerkung billigt, der Sprachgebrauch könne die dem Berechtigten aus dem befugt angenommenen Namen zustehenden Rechte nicht erweitern. Verkehrsgeltung ist vielfach etwas dem Verkehr Unbewußtes. Der Umfang des Rechtsschutzes wird erweitert durch die größere Kraft der Verkehrsgeltung. Es kann aber keine stärkere Verkehrsgeltung geben, als die durch den Sprachgebrauch nachweislich zum Ausdruck gelangte Verkehrsbenühung, die sich zur eigenen Bequemlichkeit ein Schlagwort geschaffen hat (s. auch Callmann: GewRSchuUrhR. 1927, 446).

RA. Dr. Rudolf Callmann, Köln.

Zu 13. Eine bemerkenswerte Entsch., nicht weil sie betont, daß die Unterlagen für den Unterlassungsanspruch vom Kl. zu beweisen sind, auch nicht weil sie ausspricht, daß es zur Annahme einer unlauteren Wettbewerbshandlung i. S. des § 1 UnlWG. nicht des Nachweises der Täuschungsabsicht bedarf — bemerkenswert vielmehr, weil sie in klarer und überzeugender Weise gegen den vielgeübten Mißbrauch der anpreisenden Vergleichung der eigenen Ware mit den Leistungen der Konkurrenz Stellung nimmt.

Schon Kohler hat sich in MuW. 16, 128 gegen derartige persönliche Vergleichungen und die Anmaßung eines Richteramtes in eigener Sache ausgesprochen, und Rosenthal, Komm., 6. Aufl. N. 39 zu § 1, lehrt, daß eine leichtfertige Anpreisung der eigenen oder Herabsetzung der fremden Ware zu Zwecken des Wettbewerbs den § 1 verletzen könne, wobei es nicht entscheidend darauf ankomme, ob die Richtigkeit der Angaben objektiv feststellbar sei.

Der Wert der obigen Entsch. besteht darin, daß sie die Voraussetzungen näher festzulegen versucht, unter denen die Sittenwidrigkeit eines solchen Vorgehens grundsätzlich anzunehmen ist, nämlich wenn der Anpreisende die eigene Leistung mit derjenigen bestimmter Konkurrenten vergleicht, ohne daß eine genügende Grundlage für die unparteiische Vergleichung namentlich hinsichtlich der Preise geschaffen wird. Dabei wird vom RG. zutreffend betont, daß bei derartigen Vergleichen ganz allgemein die Gefahr besteht, daß die Mitteilungen im Kreise des nur oberflächlich urteilenden Publikums mißverstanden werden; das führt mit Recht dazu, die Anforderungen an die Schaffung einer solchen hinreichenden objektiven Vergleichsgrundlage besonders scharf zu stellen.

Eben deshalb kann man dem RG. nur zustimmen, wenn es das Vorhandensein einer solchen Grundlage ablehnt, falls der Anpreisende sich gewisse Warenproben aus dem Geschäft des Konkurrenten heimlich besorgt hat, und es sich um Waren handelt, die, wie Lebensmittel, von verschiedener Beschaffenheit sind und großen Preisschwankungen unterliegen.

Die Entsch. wird einen wohltätigen Einfluß auf die Reinigung des Wettbewerbs von derartigem ordnungswidrigen Vorgehen ausüben.

OLGR. a. D. Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

****14.** [§ 52 StGB. **verlangt eine Einwirkung auf den Täter, durch die er sich einem die Begehung der Tat von ihm fordenden fremden Willen beugt.**]†)

Die Ausführungen des Schwurgerichts zu § 52 StGB. gehen von dem auch sonst mitunter zutage getretenen Rechtsirrtum aus, als ob eine Nötigung i. S. des § 52 StGB. auch dann vorliegen könne, wenn — ähnlich wie im Falle des Milderungsgrundes des § 213 StGB. — der Täter durch Drohungen des Verletzten gegen diesen gereizt und hierdurch zu der Begehung der Tat gegen ihn hingerissen wird. Hierbei wird übersehen, daß in § 52 eine Einwirkung auf den Täter vorausgesetzt wird, die ihn „zu der Tat" nötigen

---

Zu 14. Die Entsch. scheint mir in jeder Beziehung durchaus gerechtfertigt. Eine Verurteilung aus § 226 StGB. dürfte durchaus notwendig sein. Die Entsch. selbst erwähnt sie zwar nicht, wohl deshalb, weil die Revisionsschrift nicht davon spricht, sondern nur verschiedene Entschuldigungsgründe anführt. Darunter auch § 52 StGB. Daß die Töchter ihren Vater gemeinschaftlich gemißhandelt haben, hat das Untergericht festgestellt. Daß hier nicht von § 52 StGB. geredet werden darf, ist ebenso sicher und die Ausführungen des Urt. darüber vollständig überzeugend.

Geh. Hofrat Prof. Dr. v. Lilienthal, Heidelberg.

sollte. Der Drohende muß — einerlei, was er innerlich will und bezweckt — den Willen äußern und dem andern das Ansinnen stellen, bei Vermeidung des angekündigten Übels die ihm angesonnene strafbare Handlung zu begehen. Selbst wenn der Drohende die Tat innerlich gewollt und sie durch seine aufreizenden Äußerungen bezweckt hat, würde er sie nicht durch das zur Nötigung unerläßliche Mittel der Furchterregung, sondern durch Reizung und Zornerregung erreichen, wenn er lediglich gegen sich in dem anderen einen gereizten Zustand hervorruft und hierdurch, ohne ihn durch Furchterregung einem geäußerten Ansinnen gegenüber willig gemacht zu haben, den anderen zu der Tat „reizt". § 52 StGB. betrifft vielmehr eine Nötigung durch Drohungen, infolge deren der Täter sich dem Druck eines die Begehung der Tat von ihm fordernden fremden Willens beugt und in Übereinstimmung mit diesem Ansinnen sich dazu entschließt, das zu wollen und das zu tun, was der Drohende ihm abverlangt und als seinen Willen ihm aufdrängt. — Davon kann hier keine Rede sein; die Angekl. haben bei der Mißhandlung ihres Vaters nicht nach, sondern entgegen seinem in die Erscheinung getretenen Willen gehandelt. Das allein schon schloß die Anwendung des § 52 StGB. aus.

(2. Sen. v. 30. Mai 1927; 2 D 409/27.) [A.]

15. [§§ 41, 85, 86 StGB. Vorbereitung des Hochverrats durch Verbreitung von Schriften. Auch durch Verbreitung an sich nicht hochverräterischer Schriften, mit denen der Verfasser lediglich künstlerische oder wissenschaftliche Zwecke verfolgt, ist Vorbereitung des Hochverrats möglich, wenn sie für hochverräterische Zwecke objektiv geeignet sind und der Verbreiter sie wegen dieser Eignung zur Erreichung dieses Zweckes mißbräuchlich verbreitet. Auf Unbrauchbarmachung von Schriften strafbaren Inhalts sowie ihrer Platten und Formen ist nach zwingender Vorschrift des § 41 StGB. auch dann zu erkennen, wenn nicht erwiesen ist, daß die Verfasser selbst mit ihren Werken hochverräterische Zwecke verfolgt haben. Die Verjährung des § 22 PreßG. beginnt bei fortgesetzter Handlung erst vom letzten Verbreitungsakt ab zu laufen. Einem Buchhändler ist unter gewöhnlichen Umständen nicht zuzumuten, die ihm zum Verkauf zugehenden Bücher daraufhin zu prüfen, ob sie im ganzen oder an einzelnen Stellen gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen; anders liegt es jedoch dann, wenn es sich nicht um selbständige buchhändlerische Erwerbsgeschäfte, sondern um politischen Zwecken dienende Unternehmungen handelt, die begründet und fortbetrieben werden, um durch Verbreitung von Schriften der Vorbereitung des Hochverrats zu dienen.]†)

In den von den beiden Angekl. geleiteten Geschäften wurde ... die Vorbereitung des Hochverrats durch Verbreitung von Schriften, die teils im ganzen, teils in einzelnen Abbildungen und Stellen hierzu geeignet befunden wurden, betrieben. (Wird näher ausgeführt.) ... Die Bücher wurden in den von den Angekl. geleiteten Buchhandlungen verbreitet, weil sie als geeignet angesehen wurden und auch geeignet sind, der Vorbereitung des Hochverrats durch gewaltsame Änderung der bestehenden Reichsverfassung ... zu dienen.... Die Angekl. behaupten, den Inhalt der beanstandeten Bücher, die von ihnen vertrieben sind, nicht gekannt zu haben. Es ist einleuchtend ..., daß man einem Buchhändler unter gewöhnlichen Umständen nicht die Pflicht auferlegen kann, die ihm zum Verkauf zugehenden Bücher, von denen er nicht weiß, daß sie beschlagnahmt sind, vor dem Weiterverkauf einer Prüfung daraufhin zu unterziehen, ob sie etwa im ganzen oder an einzelnen Stellen gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Eine solche Pflicht wäre für einen auch nur einigermaßen beschäftigten Buchhändler völlig unerfüllbar, und, was von dem Buchhändler gilt, gilt noch mehr von den Angestellten in der Buchhandlung, die die Verantwortung dafür, daß die Bücher keinen strafbaren Inhalt haben, in aller Regel dem Inhaber überlassen dürfen. Bei den von den Angekl. geleiteten Verlagsgeschäften und Buchhandlungen handelt es sich aber nicht um bloße buchhändlerische Erwerbsgeschäfte, sondern um politischen Zwecken dienende Unternehmungen, die in Abhängigkeit von der KPD. gegründet sind und fortbetrieben werden, um durch Verbreitung von Schriften der Vorbereitung des Hochverrats zu dienen. Der handelsgerichtlich als Inhaber ... eingetragene U. in Moskau, ... war lediglich ein Strohmann. Die wirkliche Leitung lag bei der „Jugend-Exekutive" in Moskau und der Zentrale der kommunistischen Jugend in Berlin. Diese bestimmten, welche Bücher gedruckt und verbreitet werden sollten. ... Es spricht alles dafür, daß die beiden Angekl. schon bei der Übernahme ihrer leitenden Stellungen in der „Jungen Garde" und im Buchladen der „Viva" den Zweck und die Aufgabe ihrer Unternehmung kannten.... Daß im übrigen die beiden Angekl. die beanstandeten Bücher durchgelesen und ihren Inhalt im einzelnen gekannt haben, kann nicht festgestellt werden, wohl aber waren sie, wie sie selber zugaben, über die Tendenz der Bücher und den Inhalt im allgemeinen, sei es durch Besprechungen der Bücher in anderen Zeitschriften oder im Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel, sei es durch das Inhaltsverzeichnis, unterrichtet.... Haben hiernach die von den Angekl. verbreiteten Bücher entweder unmittelbar hochverräterischen Inhalt, oder sind sie wenigstens geeignet, der Vorbereitung des Hochverrats zu dienen, und haben ferner die Angekl. sie mindestens mit dem bedingten Vorsatz, durch die Verbreitung der Bücher den Hochverrat vorzubereiten, und zwar wegen ihrer leitenden Stellung mit dem Täter-, nicht bloß dem Gehilfenwillen verbreitet, so haben sie sich eines Verbrechens zwar nicht gegen § 85, wohl aber gegen § 86 StGB. schuldig gemacht, sofern es sich bei dem hochverräterischen Unternehmen um ein bestimmtes Unternehmen handelt. ... (Daß dies der Fall, wird näher ausgeführt.) Seitens der Verteidigung ist geltend gemacht worden, daß eine Vorbereitung des Hochverrats i. S. des § 86 StGB. durch Verbreitung von Schriften nicht strafbar sei. Die geistige Einwirkung auf andere könne nicht als Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens angesehen werden. Auch sei der Vertrieb von Schriften nur in den im StGB. besonders bezeichneten Fällen (§§ 85, 110, 126, 130, 131 StGB., § 7 Ziff. 3 RepSchG., § 10 Abs. 2 SprengstoffG.) strafbar. Diese Ansicht ist irrig. Wenn in den erwähnten Gesetzesstellen die Verbreitung durch Schriften besonders erwähnt oder durch das Tatbestandsmerkmal der „Öffentlichkeit" auf sie hingewiesen ist, so schließt das keineswegs aus, daß durch die Verbreitung von Schriften auch der Tatbestand anderer strafbarer Handlungen sich erfüllen kann. Dies geht insbes. aus dem Verhältnis des § 85 StGB. zum § 86 StGB. her-

---

Zu 15—17. Die in der Öffentlichkeit viel besprochenen Urt. des 4. StS. gehen davon aus, daß man einem Buchhändler grundsätzlich nicht zumuten könne, alle von ihm vertriebenen Bücher auf ihre Strafbarkeit hin zu prüfen. Sie unterscheiden in durchaus einwandfreier Weise zwischen einem selbständigen Buchhändler und dem unselbständigen Leiter einer in Abhängigkeit von einer politischen Partei für bestimmte hochverräterische Zwecke begründeten und fortgeführten Vertriebsunternehmung. Von einem solchen Parteifunktionär müsse nach Lage der Umstände angenommen werden, daß er, wenn auch nicht den gesamten Inhalt, so doch den mit dem Vertrieb der Bücher verfolgten hochverräterischen Zweck gekannt und gebilligt habe, so daß mindestens bedingter Tätervorsatz anzunehmen sei. Diese klare und durchaus zutreffende Unterscheidung beweist, daß die zahlreichen an diesen Urt. geübten Pressekritiken Unrecht hatten, wenn sie behaupteten, daß das RG. nunmehr jeden Buchhändler für den gesamten Inhalt seiner Schriften verantwortlich machen wolle. Auch die Ausführungen der Urt. darüber, daß Vorbereitung eines Hochverrats auch durch Verbreitung von Druckschriften begangen werden könne und daß es sich im vorl. Falle um Vorbereitung eines bestimmten, nicht etwa nur in nebelhafter Ferne liegenden hochverräterischen Unternehmens handle, erscheinen rechtlich bedenkenfrei. Anders steht es mit dem Teil der Entsch., der die Unbrauchbarmachung aller Exemplare sämtlicher Druckschriften anordnet. Das RG. unterstellt als wahr, daß ein Teil der zur geistigen Vorbereitung des hochverräterischen Unternehmens verbreiteten Schriften an sich nicht zu hochverräterischen, sondern lediglich zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder ähnlichen nicht strafbaren Zwecken geschrieben worden ist, so daß ihre Verbreitung unter normalen Umständen keine strafbare Handlung darstellen würde. Trotzdem beschränkt es sich auch bei diesen Schriften nicht auf die Einziehung der den Tätern oder Teil-

vor. Der § 85 StGB. stellt die Aufforderung zur Ausführung des Hochverrats durch Verbreitung von Schriften unter Strafe, wenn sich die Aufforderung auf die unmittelbare Ausführung der Tat richtet. Der § 86 stellt dann aber „jede andere, ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung" unter Strafe. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb, wenn „jede andere ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung" unter Strafe gestellt ist, die Handlung nicht auch durch eine geistige Einwirkung auf andere und insbes. durch Vertreibung von Schriften begangen werden könnte, durch die zwar nicht, wie im Falle des § 85 StGB. der Anlaß zur unmittelbaren Ausführung des Hochverrats gegeben werden soll, wohl aber der Menschenkreis, an den die Schrift sich wendet, innerlich für die Vornahme solcher Handlungen vorbereitet, zu ihr geneigt gemacht, das natürliche Widerstreben der einzelnen gegen Gewalttätigkeiten, Bürgerkrieg u. dgl. überwunden werden soll. Es ist ferner von der Verteidigung auf die §§ 118 und 142 RVerf. verwiesen und ausgeführt worden, daß durch die Reichsverfassung die freie Meinungsäußerung durch Wort, Schrift, Druck und Bild geschützt und die Freiheit der Kunst gewährleistet sei. Die Freiheit der Meinungsäußerung findet jedoch, wie im Art. 118 RVerf. ausdrücklich hervorgehoben ist, ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen und, wenn dies auch im Art. 147 RVerf. nicht ausdrücklich gesagt ist, so besteht doch in der Literatur (s. die Komm. von Anschütz, Giese) Einverständnis darüber, daß dies auch für die Kunst gilt.... Die gesamte Tätigkeit der Angekl., durch die sie sich ... vergangen haben, beruhte auf einem einheitlichen ... ununterbrochenen bestehenden und betätigten Vorsatz und richtet sich gegen dieselbe Verfassung.... Es handelt sich also um eine fortgesetzte Handlung i. S. des § 73 StGB.... Diese Feststellung ist von besonderer Bedeutung für die Frage, ob etwa bei einzelnen Verbreitungsakten Verjährung nach § 22 PreßG. v. 7. Mai 1874 eingetreten ist. ... Bezüglich der etwaigen Verjährung ist zunächst zu bemerken, daß die Verjährung nicht etwa schon mit der früheren Verbreitung durch andere Personen beginnt, sondern für jeden Täter erst mit dem Tage der eigenen Verbreitung. Bei einem fortgesetzten Delikt, bei dem sich die Verbreitung ... aus mehreren Einzelakten zusammengesetzt, beginnt die Verjährung ferner erst mit dem Tage des letzten Verbreitungsaktes (RGSt. 32, 70).... Die Schriften, Abbildungen und Darstellungen, durch deren Verbreitung sich die Angekl. der Vorbereitung des Hochverrats schuldig gemacht haben, ebenso die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen sind nach der zwingenden Vorschrift des § 41 StGB. unbrauchbar zu machen. Wenn im § 41 StGB. vorausgesetzt wird, daß „der Inhalt der Schrift strafbar" sei, so ist diesem Erfordernisse genügt, wenn der Inhalt der Schrift so geartet ist, daß eine Handlung, welche jemand mit ihr vornimmt, gerade wegen jenes Inhalts eine strafbare Handlung darstellt. Daß diese angeordnete Unbrauchbarmachung auch unbeteiligte Personen trifft, ist nach der Bestimmung des Gesetzes nicht zu vermeiden. Es handelt sich um eine polizeiliche Sicherungsmaßregel. Von dieser Unbrauchbarmachung können auch diejenigen Schriften nicht ausgenommen werden, bei denen nicht erwiesen ist, daß die Verfasser selbst mit ihren Werken hochverräterische Zwecke verfolgt haben, und bei denen das Gericht als wahr unterstellt hat, daß sie künstlerischen Wert besitzen.

(4. Sen. v. 5. Febr. 1927; 14 a J 99/25.)

16. [§ 7 Nr. 4 RepSchG. Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens durch Verbreitung von Schriften. Setzer und Drucker wird man regelmäßig nicht für den Inhalt ihrer Arbeit verantwortlich machen können, falls sie nicht durch besondere Umstände auf den Inhalt der Arbeit hingewiesen werden oder aus weiteren Anhaltspunkten sich ihre Kenntnis von dem Inhalt ergibt. Der Funktionärkörper der KPD. ist, soweit er bei der Verwirklichung des gewaltsamen Umsturzes und seiner Vorbereitung mitwirkt, eine geheime und staatsfeindliche Verbindung zum Zweck der Untergrabung der Verfassung des Reiches und der Länder.] †)

Die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD.) erstrebt den Umsturz der bestehenden Staatsform durch gewaltsame Änderung der Reichsverfassung mit dem Ziele, eine Räterepublik nach russischem Muster zu errichten.... Sie ... hält es für ihre Aufgabe, die zweite Revolution in Deutschland vorzubereiten, um dann im gegebenen Augenblick die Verfassung zu stürzen und die Diktatur des Proletariats zu errichten. Dabei sieht sie jenen Zeitpunkt ... nicht als in nebelhafter Ferne liegend an, so daß sie sich nur theoretisch mit ihr beschäftigt. Vielmehr rechnet sie ... damit, daß innerpolitische Schwierigkeiten oder die wachsende außenpolitische Unsicherheit eine schnelle Erschütterung Deutschlands und eine aktiv-revolutionäre Situation schaffen können.... Die KPD. bereitet sich deshalb darauf vor, für den Augenblick der Revolution auf dem Posten zu sein und „sozusagen von heute auf morgen, vom Kampfe um einige Pfennige Lohnerhöhung zum Kampfe um die volle Staatsmacht überzugehen". Für diesen Kampf hat sie den bewaffneten Aufstand fest ins Auge gefaßt.... Zur Erreichung ihrer Zwecke hat die KPD. ... eine militärische Organisation und einen umfassenden Zersetzungs- und Nachrichtendienst ... Zu dem Zwecke, ihre Funktionäre für den beabsichtigten Aufstand auch theoretisch zu schulen, läßt die KPD. besondere militärische Druckschriften erscheinen.... Vom September 1923 an bis zum Oktober 1925 hat die KPD. die Schriftenfolge „Vom Bürgerkrieg" in monatlichen Abständen erscheinen und durch ihre militärischen Funktionäre verbreiten lassen.... (Es folgen nähere Ausführungen über den hochverräterischen Zweck dieser Verbreitung und die Kenntnis der Angekl. vom Inhalt der Schriften.) Endlich waren die Angekl. auch bei der Herstellung der Bürgerkriegshefte in ihrem Betriebe tätig gewesen und auch hierdurch mit ihrem Inhalte bekannt geworden. Freilich werden Setzer und Drucker wegen der in ihrem Berufe gebotenen Eile und des regelmäßig mangelnden Interesses an dem Inhalt des Manuskriptes ihre Arbeit meistens nur mechanisch verrichten, ohne sich um den Inhalt des Manuskriptes bzw. Satzes zu kümmern. Regelmäßig wird man daher Setzer und Drucker nicht für den Inhalt ihrer Arbeit verantwortlich machen können. Anders liegt aber die Sache, falls sie ausnahmsweise an der Arbeit ein besonderes Interesse nehmen, falls sie durch besondere Umstände auf den Inhalt der Arbeit hingewiesen werden oder aus weiteren Anhaltspunkten sich ihre Kenntnis von dem Inhalt ergibt. Sämtliche dieser Voraussetzungen liegen aber hier vor.... Dieses erdrückende Belastungsmaterial ergibt die volle Gewißheit, daß sämtliche sieben Angekl. den Inhalt der Hefte gekannt haben. Dieser Inhalt dient aber der Vorbereitung des Bürgerkrieges, um in absehbarer Zeit die Verfassung des Deutschen Reiches zu stürzen und mit Gewalt die Diktatur des Proletariats einzuführen.... Es wird auch der erstrebte Umsturz nicht als eine in nebelhafter Ferne liegende theoretische Möglichkeit erörtert, sondern als ein nach Ziel und Angriffsplan ausreichend bestimmtes Unternehmen, dessen baldige Verwirklichung möglich sei. Daher bezwecken die Bürgerkriegshefte die Vorbereitung zum Hochverrat. Sämtliche Angekl. haben nun weiter gewußt, daß die Bürgerkriegshefte verboten waren. Dies ergibt sich klar aus den oben geschilderten geheimnisvollen Umständen, unter denen der Auftrag entgegengenommen,

---

nehmern gehörigen Exemplare gem. § 40 StGB., sondern erkennt gem. § 41 StGB. auf Unbrauchbarmachung der gesamten Auflage und der zu ihrer Herstellung benutzten Platten und Formen, indem es diese Schriften als solche „strafbaren Inhalts" ansieht. Ich habe schon an anderer Stelle (Komm. z. RPreßG. S. 126 ff.) eingehend ausgeführt, daß es sprach- und sinnwidrig ist, jede Druckschrift mit objektiv harmlosem Inhalt schon aus dem Grunde als solche „strafbaren Inhalts" anzusehen, weil die Kundgebung oder Verbreitung ihres Gedankeninhalts beim Vorliegen besonderer, aus ihrem Inhalt nicht ersichtlicher Begleitumstände zur strafbaren Handlung werden kann. Bei solcher von der objektiven Beschaffenheit des Inhalts völlig losgelöster Auslegung kann schließlich jede Druckschrift einen strafbaren Inhalt haben bzw. durch die Art ihrer Verbreitung bekommen. Der hier vom RG. beschrittene Weg führt notwendigerweise dahin, daß jeder Verleger eines ernsten wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes mit der Möglichkeit der Unbrauchbarmachung der ganzen Auflage rechnen muß, nur weil irgendein Verbreiter einige, ja vielleicht nur ein einziges Exemplar unter Umständen verbreitet

die Ausführung des Druckes besorgt und die Weiterschaffung an die Adressaten ausgeführt ist. Bei dieser Sachlage ist es weiterhin nicht zweifelhaft, daß die Angekl. auch die hochverräterischen Zwecke der Bürgerkriegshefte klar erkannt haben. Denn die Angekl. sind selbst Kommunisten. Daß sie als solche mit den Zielen der KPD. vertraut sind, liegt an sich nahe. Das Gericht ist aber weiterhin zu der vollen Überzeugung gelangt, daß sie von der KPD. als besondere Funktionäre dazu bestimmt worden sind, für die Herstellung und Verbreitung der hochverräterischen Bürgerkriegshefte tätig zu sein. Diese Angekl. haben also gemeinsam an der Vorbereitung des Hochverrates mitgewirkt, indem sie als überzeugte Kommunisten diese Tat als eigene wollten (§§ 47, 86 StGB.). Sie haben aber auch zugleich (§ 73 StGB.) an einer geheimen und staatsfeindlichen Verbindung zum Zwecke der Untergrabung der Verfassung des Reiches und der Länder teilgenommen und sie durch Rat und Tat unterstützt (§ 7 Nr. 4 RepSchG.). Denn der Funktionärkörper der KPD. ist, jedenfalls soweit er bei der Verwirklichung ihres gewaltsamen Umsturzes und seiner Vorbereitung mitwirkt, eine solche Verbindung, wie das RG. in zahlreichen Entsch. ausgeführt hat. . . . Auf die Unbrauchbarmachung war nach § 41 StGB. in den Schranken seines Abs. 2 zu erkennen, und zwar hinsichtlich aller Hefte mit ihrem gesamten Inhalt, da alle Teile aller Hefte auf den hochverräterischen Zweck hinzielen. Dagegen konnte dem Antrage der Reichsanwaltschaft, die Setz- und Druckmaschinen einzuziehen, nicht stattgegeben werden. Voraussetzung hierfür wäre, daß die Maschinen den Tätern oder einem in diesem Strafverfahren beteiligten (RGSt. 57, 335) Teilnehmer gehörten, und zwar zur Zeit des Urteils (RGSt. 16, 117). An diesen Voraussetzungen fehlt es.

(4. StSen. v. 18. Febr. 1927; 14 a J 103/26.)

17. [Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens durch Verbreitung von Schriften. Preßverjährung. Auf Unbrauchbarmachung einer Schrift strafbaren Inhalts muß auch dann erkannt werden, wenn sie in einem anderen Verfahren bereits angeordnet worden ist. Der Grundsatz „ne bis in idem“ findet hier keine Anwendung.] †)

Das Verbrechen der Vorbereitung des Hochverrats kann auch begangen werden durch den Verlag und die Verbreitung von Druckschriften, deren Verfasser wissenschaftliche oder künstlerische Zwecke ausschließlich oder vorwiegend verfolgten, selbst dann, wenn das Werk wissenschaftlichen oder literarischen Wert hat. Voraussetzung dafür ist nur, daß der Inhalt der Druckschrift, mochte sie nun einen literarischen, wissenschaftlichen oder historischen Wert haben oder nicht, geeignet war, der Vorbereitung der gewaltsamen Änderung der Verfassung zu dienen, und daß sie von dem Täter zu diesem Zwecke verlegt und verbreitet worden ist. . . . Von einer Verjährung der Strafverfolgung kann auch dann keine Rede sein, wenn hier die kurze Verjährung des § 22 PreßG. von sechs Monaten Platz greifen sollte, weil sie durch richterliche Handlungen unterbrochen worden ist. . . . Kurze Verjährung greift aber hier überhaupt nicht Platz, weil die in Betracht kommende Straftat der Vorbereitung des Hochverrates schon vor der Verbreitung der Druckschriften durch deren Übernahme in Verlag und die Annahme zur Verbreitung vollendet war; überdies handelt es sich um eine fortgesetzte Handlung. . . . Auf die Unbrauchbarmachung . . . war nach § 41 StGB. . . . zu erkennen. . . . Das gewonnene Ergebnis ist nicht aus dem Grunde als unannehmbar zu bezeichnen, weil der Inhalt der Erzählungen künstlerisch wertvoll und der Verfasser strafbare Zwecke damit nicht verfolgt habe. . . . Das Interesse der Allgemeinheit an dem Unterbleiben von Straftaten überwiegt gegenüber dem Interesse des einzelnen Künstlers. Die Unbrauchbarmachung der Druckschriften ist in gleichem Umfange bereits in der Sache gegen R. angeordnet. Der Oberreichsanwalt steht deshalb unter dem Widerspruche des Verteidigers auf dem Standpunkte, daß eine weitere Unbrauchbarmachung, insbes. wegen des Grundsatzes „ne bis in idem“ und der Möglichkeit, daß die Ausführung der wiederholt angeordneten Unbrauchbarmachung Schwierigkeiten machen könnte, nicht erfolgen dürfe und das Verfahren insoweit einzustellen sei. Dem ist der Sen. nicht beigetreten. Der Wortlaut des Gesetzes im § 41 Abs. 1 StGB. . . . verlangt, daß die Unbrauchbarmachung in jedem dieser Urteile auszusprechen ist . . . „ne bis in idem“ kommt nicht zur Anwendung, weil es sich um verschiedene Täter handelt, und die Unbrauchbarmachung nach richtiger Ansicht keine Strafe, sondern ein Sicherungsmittel ist. Schwierigkeiten bei der Ausführung der Unbrauchbarmachung entstehen nicht, da die Exemplare, die auf Grund des einen Urteils unbrauchbar gemacht sind, von dem anderen nicht mehr betroffen werden. Die Bestimmung des § 41 StGB. würde schließlich aber völlig versagen, wenn die Unbrauchbarmachung beim Erlaß mehrerer Urteile nur in dem ersten angeordnet und dieses aus irgendeinem Grunde in Wegfall gekommen ist. —

(4. StSen. v. 28. Febr. 1927; 14 a J 50/26.)

---

hat, die die Verbreitung zur strafbaren Handlung machen. Wenn irgendein Kolporteur ein ernstes medizinisches Werk mit anatomischen Bildtafeln in einer Schaubude oder in einem Tingeltangel unter Umständen ausstellt, die den Tatbestand der Verbreitung unzüchtiger Schriften erfüllen, so müßte das RG. folgerichtig auf Unbrauchbarmachung aller Exemplare dieses Werkes gem. § 41 StGB. erkennen, während es dem Verleger unbenommen bleibt, nach Hergabe seiner Bestände straflos einen Neudruck desselben Werkes vorzunehmen. Die Unhaltbarkeit dieser Auslegung ist augenfällig. Um sie wenigstens für die Zukunft unmöglich zu machen, soll in der entspr. Vorschrift des § 53 des Entw. eines neuen StGB. einer Anregung des Verf. folgend zwischen absolut und relativ strafbaren Druckschriften unterschieden werden.

Ministerialrat Dr. Häntzschel, Berlin.

****18.** [§ 61 StGB. Wirksamkeit eines in Vertretung des Verletzten ohne Nachweis der Vertretungsmacht gestellten Strafantrags.] †)

Für die Bevollmächtigung zur Antragstellung bestehen keine Formvorschriften, der Auftrag kann mündlich und stillschweigend erteilt werden; es genügt, daß er zur Zeit der Antragstellung vorlag. Es besteht aber für den, der für den Verletzten Strafantrag stellt, keine Verpflichtung, von sich aus Beweismittel dafür beizufügen, daß er zur Antragstellung ermächtigt ist, wie auch eine solche Beweispflicht nicht besteht für den gesetzlichen Vertreter einer verletzten natürlichen oder juristischen Person hinsichtlich seiner Vertretereigenschaft oder für den Verletzten selbst, dafür, daß er der Verletzte ist, daß die Unterschrift unter dem Strafantrag echt ist, daß für ihn die Antragsfrist noch nicht abgelaufen ist usw. Vielmehr haben die Strafverfolgungsbehörden in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, ob der Strafantrag form- und fristgerecht von einem Berechtigten gestellt ist. Wie sie sich darüber Gewißheit verschaffen, daß diese Prozeß- und Urteilsvoraussetzung gegeben ist, steht in ihrem Ermessen. Sie können von einer Beweiserhebung darüber absehen, wenn sie ohnehin schon von der Ordnungsmäßigkeit des Strafantrags überzeugt sind und keine Einwendungen gegen sie erhoben werden. Wenn das KG., das im Gegensatz zu der ständigen Rspr. des RG. (RGSt. 60, 281[1])), die gleiche Auffassung wie der Beschwerdeführer vertritt, in seinem Urt. 2 S 266/26 v. 22. Dez. 1926 ausführt, der in Vertretung des Verletzten gestellte Antrag sei ohne Nachweis der Vertretungsmacht in sich unvollständig, in diesem Zustande ungenügend und unwirksam, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Die Behauptung des Vertreters, er sei vom Verletzten zur Stellung des Antrags ermächtigt, macht seine Erklärungen zu einer in sich geschlossenen Willenskundgebung des Verletzten; sie kann unter Umständen beweisbedürftig sein wie seine sonstigen mit dem Strafantrage auf-

---

Zu 18. Die Frage, ob bei der Antragsstellung eine Vertretung im Willen oder, wie ich annehme (Strafrecht S. 172), nur in der Erklärung zulässig ist, wird von der vorstehenden Entsch. nicht berührt; diese behält mithin ihre Bedeutung und, wie sofort gesagt werden mag, ihre Richtigkeit, mag man sich zu der erst erwähnten Frage stellen, wie man will. Denn es ist durchaus zutreffend, daß man, wie das RG. voraussetzt, scharf scheiden muß zwischen der Antragsstellung als solcher, der Bevollmächtigung zur Antragsstellung und

[1]) Vgl. neben den dort zit. Entsch. auch: RG. III 371/08 v. 21. Sept. 1908, IV 458/16 v. 26. Sept. 1916; LZ. 8, 869 v. 17. Febr. 1914; UnlW. 11, 434 v. 1. Dez. 1912; BayZ. 4, 45 v. 24. Sept. 1907; RGSt. 44, 348.

gestellten Behauptungen; eine ausdrückliche Bestätigung des Verletzten ist aber nicht erforderlich, wo die Ermächtigung des Vertreters bekannt oder nicht zu bezweifeln ist. Da die Ermächtigung irgendwelchen Formvorschriften nicht unterworfen ist, ist der auf ihr beruhende Antrag des Vertreters von vornherein wirksam; er bleibt es, auch wenn die Ermächtigung im einzelnen Falle als beweisbedürftig angesehen und erst nach Ablauf der Antragsfrist erwiesen wird. Die Frage, ob der Antrag dem Willen des Verletzten entsprochen hat und ob und welche Beweise darüber zu erheben sind, können die mit der Sache befaßten Behörden verschieden beantworten, und es kann keine Rede davon sein, daß der Strafantrag deshalb als verspätet angesehen werden dürfte, weil vielleicht erst in letzter Instanz nach Ablauf der Antragsfrist die bis dahin bestrittene Berechtigung des Vertreters anerkannt oder aber für die bisher nicht bezweifelte Ermächtigung nunmehr Beweis als erforderlich angesehen wird. Das KG. führt zur Begründung seiner Ansicht, daß die Berechtigung innerhalb der Antragsfrist nachgewiesen sein müsse, noch an, daß über dem Täter „nicht unbegrenzte Zeit (mindestens die Verjährungsfrist) die Ungewißheit der Verfolgung wegen einer Tat schweben solle“. Dieser Grund schlägt schon deshalb nicht durch, weil eine solche Ungewißheit für den Täter auch sonst in allen den Fällen besteht, in denen der Verletzte von der Straftat erst nach ihrer Begehung zu einem dem Täter unbekannten und von ihm nicht zu bestimmenden Zeitpunkte Kenntnis erlangt.

(2. Sen. v. 4. Juli 1927; 2 D 402/1927.) [D.]

19. [§ 153 StGB. Ein Offenbarungseid, bei dem ein Grundstück nicht aufgeführt ist, ist falsch geschworen, wenn der Schwörende vermögenswerte Rechte an oder auf das Grundstück hatte, einerlei, ob das Grundstück im Grundbuch auf einen anderen Namen eingetragen ist.] †)

Der Angekl. hat zur notariellen Verhandlung v. 23. Nov. 1921 von dem Kaufmann L. dessen Grundstück B. Band 35 Blatt Nr. 672 gekauft und aufgelassen erhalten. In dieser Verhandlung hat er, um den Zugriff seiner Gläubiger auf das Grundstück zu verhindern, sich den Vornamen seines Sohnes „Hans“ beigelegt. Infolgedessen ist er auf Grund der Auflassungserklärung unter dem Namen Hans St. als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden. Am 12. Jan. 1923 leistete er vor dem AG. in B. auf Antrag der dortigen Gerichtskasse den Offenbarungseid. In dem beschworenen Vermögensverzeichnis ist das Grundstück weder als Eigentum angegeben noch sonst erwähnt. Das Schwurgericht stellt fest, daß der Angekl. wissentlich etwas objektiv Unwahres beschworen habe. Es führt aus: Der Angekl. sei sich nicht im Unklaren darüber gewesen, was zu seinem Vermögen gehört habe. Er habe das Grundstück seinen Gläubigern entziehen wollen und die Vermögenswerte aus dem Kaufvertrage bewußt und absichtlich verschwiegen. Es könne dahingestellt bleiben, ob er formell Eigentümer des Grundstücks geworden sei, er habe aber jedenfalls einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB. gehabt. Die Rev. sucht darzutun, daß der Angekl. wegen unrichtiger Angabe des Vornamens bei der Eintragung im Grundbuch nicht Eigentümer des Grundstücks geworden, sein Eid daher nur insofern objektiv unrichtig gewesen sei, als er den ihm zustehenden Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs verschwiegen habe, daß aber dem Angekl. das Bestehen eines solchen Berichtigungsanspruchs nicht bewußt gewesen sei. Der Ausgangspunkt der Rev. ist insofern rechtsirrig, als das Bestehen eines Berichtigungsanspruchs gemäß § 894 BGB. voraussetzte, daß der Angekl. durch die Auflassung und Eintragung trotz unrichtiger Angabe seines Vornamens materieller Eigentümer des Grundstücks geworden war. Denn nur dem materiell Berechtigten, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, steht ein Berichtigungsanspruch auf Grund des § 894 BGB. gegenüber demjenigen zu, für den ein der wirklichen Rechtslage nicht entsprechendes Recht im Grundbuch eingetragen ist. Ein Berichtigungsanspruch des Angekl. aus § 894 BGB. hätte hiernach nur gegenüber dem Sohne des Angekl., der den Namen Hans St. führt, und nur unter der Voraussetzung in Frage

endlich dem Nachweis eben der Bevollmächtigung. Gewahrt wird die Frist, wie unbestritten ist, dadurch, daß der Antragsberechtigte vor Ablauf der Frist einen formgerechten Strafantrag gestellt hat. Wird nun seitens eines Bevollmächtigten ein Strafantrag gestellt, so betrifft der Nachweis der Bevollmächtigung lediglich die Frage, ob der Berechtigte Antrag gestellt hat oder nicht. Es ist mithin der Nachweis, daß die Frist gewahrt ist, begrifflich denkbar überhaupt nur nach wirklicher oder doch wenigstens behaupteter Fristwahrung, niemals aber kann der Nachweis selbst Tatbestand der Fristwahrung sein. Sehr mit Recht weist das RG. darauf hin, daß der Nachweis der Antragsstellung durch den Berechtigten auch bei unmittelbarer Antragsstellung sehr wohl denkbar ist. Wie so mithin das Beibringen der Vollmacht innerhalb der Antragsfrist zur Wahrung der Antragsfrist notwendig sein soll, wie das KG. vermeint, ist schlechterdings nicht einzusehen. Und wenn das KG. zur Begründung seiner Ansicht ausführt, daß über dem Täter nicht unbegrenzte Zeit hindurch, mindestens aber während der Verjährungsfrist die Ungewißheit der Verfolgung wegen einer Tat schweben solle, so entbehrt dieser Hinweis in der Tat jeglicher Beweiskraft. Die Sachlage ist doch die: der A. stellt als Bevollmächtigter Strafantrag. Entweder erachtet die Strafverfolgungsbehörde die Bevollmächtigung als gegeben, dann kommt es zum Strafverfahren, in dem der Beschuldigte wie in jedem anderen Strafverfahren den Mangel des Strafantrages rügen kann. Oder aber die Strafverfolgungsbehörde verlangt den Nachweis der Bevollmächtigung. Wird er erbracht, ist alles in Ordnung. Wird er nicht erbracht, so muß das Verfahren eingestellt werden; die Tatsache, daß nun der Berechtigte evtl. noch Strafantrag stellen kann, ist ohne jede Bedeutung für die Frage, ob die Tatsache, daß der Nachweis der Vollmacht ohne Einfluß auf die Fristwahrung ist, unerquickliche Schwebezustände schafft. Denn der hier in Betracht kommende Schwebezustand steht ja gar nicht in Beziehung zu dem Nachweis der Bevollmächtigung, sondern zu dem ursprünglichen Recht des Antragsberechtigten. Da es aber des weiteren Pflicht der Strafverfolgungsbehörden ist, einem bei ihr eingeleiteten Verfahren ungesäumten Fortgang zu geben, so kann gar keine Rede davon sein, daß ein Schwebezustand von unbegrenzter Zeit entstehen kann. Man beachte doch auch, einmal, daß der Antrag des nicht bevollmächtigten Dritten die Antragsfrist nicht wahrt, ferner, daß der Beschuldigte jederzeit die Möglichkeit hat, den Mangel des Antrags zu rügen. Endlich aber wird ein Verfahren, durch welches die Voraussetzungen der Bevollmächtigung festgestellt werden, auch fast regelmäßig dazu führen, die Voraussetzungen des § 61 Satz 2 StGB. zu verwirklichen, da der Berechtigte über die Frage der Vollmachtserteilung in erster Linie zu hören sein wird. Auch das beweist, daß Schwebezustände von unbegrenzter Dauer hier gar nicht möglich sind. Unter welchen Umständen aber das erkennende Gericht den Nachweis der Bevollmächtigung für notwendig erachtet, ist eine Frage für sich. Sehr richtig bemerkt in dieser Beziehung das RG., daß für den Antragsteller keinerlei Verpflichtung besteht, von sich aus Beweismittel dafür zu erbringen, daß er zur Antragsstellung berechtigt sei. Wäre dem so, so hätte dies § 158 Abs. 2 StPO. ausdrücklich aussprechen müssen, da er die Formalien der Antragsstellung regelt (vgl. etwa § 26 StPO.). So entscheidet über die Beweisnotwendigkeit das pflichtgemäße richterliche Ermessen. Daß aber erstere gegeben ist, wenn der Beschuldigte den Mangel der Vollmacht rügt, kann nicht zweifelhaft sein. Daß aber die Vollmacht selbst an keinerlei Form gebunden ist, hat das RG. ebenfalls zutreffend hervorgehoben (vgl. etwa noch Löwe-Rosenberg, § 158 Anm. 11). Der Entsch. des RG. kann daher nur zugestimmt, der wiederholte Versuch des KG. (vgl. ER. 60, 282), die jahrelange, durchaus begründete Praxis des RG. abzuändern, nicht gebilligt werden. Prof. Dr. Gerland, Jena.

Zu 19. 1. Bei früherer Gelegenheit (JW. 1927, 1176--1177) haben wir schon einer „Objektivisierung“ der strafrechtlichen Eideslehre in dem Sinne das Wort geredet, daß über die Richtigkeit des Eides ausschließlich der objektive Sinn der Eidesnorm und der Eidesaussage entscheiden soll (in andere Richtung geht z. B. Mannheim: JW. 1927, 1178—1179). Nach § 807 ZPO. muß der Schuldner „sein Vermögen“ so vollständig angeben, als er dazu imstande ist. Das hat er (das Zutreffen der Schlußklausel vorausgesetzt) nicht getan, gleichgültig ob ihm das Grundstück zu Eigentum gehörte oder ob ihm nur ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Verkäufer zustand. In beiden Fällen war der Eid — objektiv — „falsch“, der Tatbestand des § 153 StGB. also erfüllt. Das hebt das RG. zutreffend hervor.

2. Besonders interessante Fragen berührt das Urt. aber dort, wo es auf die Vorsatzfrage, d. h. auf die Frage eingeht, ob der Angekl. bewußt etwas objektiv Unrichtiges beschworen hat. Es bejaht, wie wir glauben mit Recht, im Ergebnis diese Frage.

Diese Bejahung könnte deshalb tiefergreifenden Bedenken begegnen, weil das RG., wenn wir genauer Zusehen, ein Bewußtsein der Angekl. von der richtigen Vermögenslage und dementsprechend ein Bewußtsein von der Abweichung seiner Eidesaussage von dieser in genau konkretisierten Form in Wahrheit nicht feststellt. Das Urt. nimmt zwar auf die „rechtlich einwandfreie“ Feststellung des Tatrichters (Schwurgerichts) Bezug, „daß der Angekl. sich der Unvollständigkeit des Vermögensver-

kommen können, daß der Angekl. durch die Eintragung materiell Eigentümer des Grundstücks geworden war. Der Eid wäre also auch in diesem Falle objektiv insofern unrichtig gewesen, als das Grundstück zum Vermögen des Angekl. gehörte und deshalb im Vermögensverzeichnis hätte angegeben werden müssen. Daß das SchwG. von einer unrichtigen Auffassung der Vorschrift des § 894 BGB. ausgegangen wäre, erhellt nicht. Es läßt nur dahingestellt, ob der Angekl. *formell* Eigentümer des Grundstücks geworden sei, da ihm jedenfalls ein Berichtigungsanspruch zugestanden habe. Diese Erwägung spricht dafür, daß das SchwG. den Eigentumsübergang auf den Angekl. *materiell* als wirksam vollzogen angesehen hat. Ob dem beizutreten wäre, bedarf keiner Erörterung. Denn wenn die Angabe des unrichtigen Vornamens im Eintragungsvermerk den Eigentumsübergang auf den Angeklagten gehindert haben sollte, so würde der Verkäufer L. Eigentümer des Grundstücks geblieben sein, der Angekl. aber den schuldrechtlichen Anspruch gegen L. auf Verschaffung des Eigentums (§ 433 BGB.) behalten haben. Die Wirksamkeit des Kaufvertrags wurde dadurch, daß sich der Angekl. dabei einen unrichtigen Vornamen beigelegt hatte, nicht berührt. Wesentlich war, daß beide Vertragschließenden darüber einig waren, daß das Grundstück an den *Angekl.* verkauft sein sollte. Ein Eigentumsübergang am Grundstück auf den Sohn des Angekl. konnte durch die Eintragung des Hans St. als neuen Eigentümers nicht herbeigeführt werden, weil die Auflassung nicht an den Sohn, sondern an den Angekl. erfolgt war, die Eintragung aber keine von der Auflassungserklärung abweichende materielle Rechtsänderung erzeugen kann. Die Rechtslage in Ansehung des Grundstücks war hiernach im Zeitpunkte der Eidesleistung des Angekl. so, daß der Angekl. entweder Eigentümer des Grundstücks war, oder daß er gegen L. einen schuldrechtlichen Anspruch aus dem Kaufvertrage auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück hatte. In jedem Falle war daher der vom Angekl. geleistete Eid, da das Grundstück in dem beschworenen Vermögensverzeichnis nicht erwähnt ist, objektiv unrichtig. Daß der Angekl. sich der Unvollständigkeit des Vermögensverzeichnisses bei der Leistung des Eides bewußt gewesen ist, hat das SchwG. auf Grund tatsächlicher Erwägungen rechtlich einwandfrei festgestellt. Welche Vorstellung der Angekl. hinsichtlich der zu seinem Vermögen gehörigen Rechte in bezug auf das Grundstück gehabt hat, ist ohne Bedeutung. Es genügt, daß er sich bewußt war, daß ihm vermögenswerte Rechte an oder auf das Grundstück zustanden, und daß er diese in dem Vermögensverzeichnis anzugeben verpflichtet war. Das ist in dem angefochtenen Urteil hinreichend festgestellt. Das SchwG. sieht die Behauptung des Angekl., er habe das Grundstück als *tatsächlich* seinem Sohne gehörig angesehen, der darauf gewirtschaftet habe, als widerlegt an. Es stellt ausdrücklich fest, der Angekl. sei nicht im unklaren gewesen, was zu seinem Vermögen gehörte, er habe gewußt, daß er dies alles auf-

---

zeichnisses bei der Leistung des Eides bewußt gewesen ist". Es geht aber davon aus, daß das Schwurgericht den Angekl. materiell als Grundstückseigentümer angesehen hatte, während es selbst zum mindesten offenläßt, daß er nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung besaß. Das RG. begnügt sich also mit dem ganz „unbestimmten" Vorsatz des Angekl., er habe irgend etwas vermögensrechtlicher Art verschwiegen. Ja, es sagt ausdrücklich: „*Welche* Vorstellung der Angekl. hinsichtlich der zu seinem Vermögen gehörigen Rechte in bezug auf das Grundstück gehabt hat, ist ohne Bedeutung; *es genügt*, daß er sich bewußt war, daß ihm vermögenswerte Rechte an oder auf das Grundstück zustanden und daß er diese in dem Vermögensverzeichnis anzugeben verpflichtet war." Ist das richtig? Hat der Angekl. wirklich (§ 153 StGB., § 807 ZPO.) „wissentlich falsch geschworen, er habe nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben, als er dazu imstande sei", wenn er etwas verschwiegen hat, von dessen vermögensrechtlichem Charakter — ob Eigentum oder ob schuldrechtlicher Anspruch — er gar keine oder eine vielleicht ganz falsche Vorstellung hatte?

Das zum Vorsatz erforderliche Wissen wird bekanntlich in *dreifacher* Richtung bedeutsam: a) als reines Tatsachenwissen von den „Tatumständen" des konkreten Tatbestandes, b) als Wissen um die im konkreten Tatbestand zutage tretenden Wertungen und c) als Wissen um die Rechtswidrigkeit, um die Erlaubtheit und Unerlaubtheit der Gesamttat. Daß reine Tatsachenkenntnis (a) zum Vorsatz nötig ist, bestimmt zweifelsfrei § 59 Abs. 1 StGB.; ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Gesamttat (c) zum Vorsatz gehört, ist demgegenüber Gegenstand endloser Kontroversen, die hier nicht näher interessieren. Was der vorliegende Fall berührt, ist die schwierige, in ihrer Eigenart noch immer zu wenig erkannte *zweite* Frage (b). Das Tatbestandselement unseres objektiven Tatbestandes nach § 153 StGB.: „*das Vermögen unvollständig angegeben*", ist nämlich — weil „Vermögen" ein Rechtsbegriff ist — ein sog. *normatives Tatbestandselement*, ein *Wertungs*element, dessen korrespondierende Vorsatzgestaltung es hier zu suchen gilt. Siehe dazu *Mezger*, „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", als Sonderabdruck aus der Traeger-Festschrift (Stilke, Berlin 1926) erhältlich, S. 41 ff., insbes. S. 41 Anm. 2.

Für die Entsch. dieser Frage nach der zum Vorsatz erforderlichen konkreten Bewertungskenntnis (b) ist zunächst wichtig die These *Liszts*, Lehrb. (24. Aufl.) § 39, der Vorsatz erfordere „die richtige Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz"; sie bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als daß der Vorsatz nicht nur Tatsachenkenntnis, sondern darüber hinaus auch juristische Bewertungskenntnis notwendig voraussetzt. Folgerichtig müßte dieses Erfordernis auch auf sonstige Bewertungskenntnis bei normativen Tatbestandselementen anderer als juristischer Art ausgedehnt werden. Für den vorliegenden Fall würde dies bedeuten: der Täter mußte wissen, daß ihm wegen nicht vollzogenen Eigentumsübergangs nach wie vor ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Verkäufer zustand und daß dieser einen Bestandteil seines offenbarungspflichtigen Vermögens bildete. War sein Vorsatz anders gestaltet, so wäre auch dies im einzelnen genau festzustellen und auf seinen Äquivalenzwert mit dem richtigen Vorsatz zu prüfen gewesen.

Jedenfalls durfte sich die Weitergestaltung des v. *Lisztschen* Gedankens nicht mit „unbestimmten" Feststellungen darüber begnügen, wie der Angekl. die objektive Rechtslage und ihr gegenüber den Inhalt seiner Aussage juristisch qualifiziert hat.

Liszts Erfordernis rechtlicher Subsumtion der Tatumstände als notwendiges Requisit des Vorsatzes wird nun aber von der überwiegenden Meinung in der Literatur abgelehnt. Nicht sehr ferne steht ihm *Frank*, Komm. (17. Aufl.) § 59 II, wenn er zum Vorsatz fordert „das Bewußtsein, daß sich die Handlung gegen dasjenige Interesse (Rechtsgut) oder diejenige spezielle Pflicht richtet, durch deren Verletzung oder Gefährdung objektiv der äußere Tatbestand erfüllt wird". Hier wird also zwar nicht Einzelsubsumtion der Tatumstände, wohl aber allgemeiner gehaltene richtige Tatbewertung zum Vorsatz verlangt. v. *Hippel*, VDA. III 561 bis 563 begrüßt es in schärferer Ablehnung und Befriedigung, daß die v. *Lisztsche* Lehre „heute von der durchaus herrschenden Meinung verworfen wird". (Nachweise S. 563 Anm. 1, dazu auch *Allfeld*, Lehrb. 8. Aufl. S. 168 Anm. 14 und *M. E. Mayer*, Allg. Teil 1915 S. 260 Anm. 9, 264.) Bei *Beling*, L. v. V. S. 189 findet sich das bei v. *Hippel* wiederholte Argument: Subsumtion unter die begrifflichen Tatbestandsmerkmale zu verlangen, „hieße das vorsätzliche Verbrechen für die Juristen und diejenigen Laien, die mehr oder weniger zufällig juristische Kenntnisse besitzen, reservieren".

Es leuchtet in der Tat ein, daß wir zum Vorsatz des Täters nicht diejenige juristische und sonstige Bewertung der Tatumstände verlangen können und dürfen, wie sie nachträglich bei der Aburteilung der Tat vom Richter vollzogen wird. Zu *solcher* Bewertung *fehlt* es dem „Laien" an allen erforderlichen Voraussetzungen juristischer und sonstiger Vorbildung. Und doch geht es andererseits nicht an, den Schuldbegriff so weit zu denaturieren, daß man sich mit bloßer Kenntnis der nackten „Tatumstände" begnügt; wer von der *Bedeutung* seiner Tat keine Kenntnis hat, dem fehlt eben die zu vorsätzlichem Handeln erforderliche Schuld. Wir glauben deshalb, daß diese ganze, schwierige und noch viel zu wenig in scharfer Problemstellung erörterte Frage nur dadurch befriedigend gelöst werden kann, daß wir zum Vorsatz, soweit „normative Tatbestandselemente" in Frage stehen, eine *in der Gedankensphäre des Täters parallele Wertung mit derjenigen des Richters* fordern. Gehört beispielsweise die Geisteskrankheit einer bestimmten Person zum objektiven Tatbestand (§ 176 Ziff. 2 StGB., Regelung der Tat in mittelbarer Täterschaft u. ähnl.), so *genügt* zum Vorsatz *nicht* die rein tatsächliche Kenntnis der vom Laien vielleicht für völlig bedeutungslos angesehenen Krankheitssymptome (etwa der Pupillenstarre bei beginnender Paralyse); es kann selbstverständlich von ihm aber andererseits nicht eine vollkommene psychiatrische Diagnose, also eine wissenschaftlich exakte Bewertung jener Symptome gefordert werden; was zum Vorsatz gehört, ist vielmehr regelmäßig die Annahme einer Geisteskrankheit in dem Sinne, in dem dieses Wort im *Laienkreise des Täters* objektiv verstanden wird. Oder: gegen die Anklage wegen Diebstahls am Wild im eingehegten Wald (vgl. E. 60, 273) wendet der Täter ein, er habe nicht gewußt, daß der Jagdberechtigte durch die Einhegung „Eigentum" am Wild erworben habe, er habe m. a. W. keine Kenntnis von dem normativen Tatbestandsmerkmal

schreiben müsse, und er habe, um das Grundstück seinen Gläubigern zu entziehen, seine Vermögenswerte aus dem Kaufvertrage dem Gericht bewußt und absichtlich verschweigen wollen. Damit ist der Tatbestand des § 153 StGB. nach der subjektiven Seite hin, insbes. auch hinsichtlich des Bewußtseins des Angekl. von der Rechtswidrigkeit des Verschweigens seiner Rechte in Ansehung des Grundstücks ausreichend dargetan.

(2. Sen. v. 7. April 1927; 2 D 228/27.) [A.]

20. [§ 156 StGB. Bei einer schriftlich eingereichten, bestimmt gefaßten eidesstattlichen Versicherung ist, wie beim Parteieid, für die Frage, ob eine Eidesverletzung vorliegt, der Inhalt der — selbstverständlich der tatsächlichen Auslegung zugänglichen — Versicherung entscheidend. Die für die Zeugenaussage geltenden, aus den Vorschriften über die Zeugenvernehmung und über die Norm des Zeugeneids abgeleiteten Grundsätze können auf eine derartige Versicherung an Eides Statt nicht angewendet werden. Bei der tatsächlichen Auslegung sind auch die begleitenden Umstände zu berücksichtigen.]†).

Die Angekl. B. und A. J. und der frühere Mitangekl. R. waren Gesellschafter der Metallwaren- und Werkzeugfabrik R. & Co. GmbH. in T. A. J. und R. waren Geschäftsführer. Anfang des Jahres 1925 wurden von mehreren Gläubigern, darunter von einer Firma L. M. jun. & Co. und vom Stadtrat in T. — von letzterem wegen einer rückständigen Aufwertungssteuerforderung — verschiedene der Gesellschaft gehörige Gegenstände gepfändet. Als die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände drohte, fertigte A. J. eine auf den 1. März 1925 vordatierte, von ihm und R. unterzeichnete Urkunde an, in welcher dem B. J. bestätigt wird, daß ihm zur Sicherung der von ihm der Gesellschaft gewährten Kredite die sämtlichen Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte verpfändet worden seien. Beglaubigte Abschriften dieser Urkunde wurden dem AG. T. zur Vollstreckungssache M. & Co. und dem Stadtrat in T. vorgelegt. Da der Stadtrat in T. sich hiermit nicht begnügte, riet B. J. seinem Sohne A., die Verpfändung eidesstattlich versichern zu lassen und diese Versicherung beim Stadtrat einzureichen. A. J. ließ daraufhin eine Urkunde folgenden Inhalts anfertigen: „T., den 13. April 1925. Hierdurch versichere ich an Eides Statt, daß an Herrn B. J. sämtliche Einrichtungsgegenstände, Maschinen und Werkzeuge sowie sämtliche Lagervorräte verpfändet sind." Mit dieser Urkunde begab sich A. J. in die Wohnung Rs. Da dieser nicht zu Hause war, bat er dessen Ehefrau, ihrem Mann zu bestellen, er möge die Urkunde unterschreiben und beim Stadtrat in T. einreichen. Auf die Frage der Frau R., weshalb er, der doch auch Geschäftsführer sei, die Urkunde nicht selbst unterschreibe, erwiderte A. J., seine Unterschrift würde wegen der Gleichheit der Namen den Anschein erwecken, daß zwischen ihm und seinem Vater eine Schiebung stattgefunden habe. Kurz darauf und noch ehe R. zurückgekehrt war, erschien A. J. wieder bei Frau R. und erklärte, die gewünschte Unterschrift sei nicht mehr nötig, die Sache habe sich erledigt. Auf Grund dieses Sachverhalts wurde A. J. des Unternehmens der Verleitung zur wissenschaftlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt, B. J. der Beihilfe hierzu schuldig erkannt. Der hiergegen eingelegten Rev. kann der Erfolg nicht versagt werden. Das Schöffengericht hatte festgestellt, daß die v. 1. März 1925 datierte Verpfändungsbestätigung frühestens am 24. oder 25. März 1925 angefertigt, also vordatiert worden sei, um die Rechtzeitigkeit der Verpfändung an B. J. vorzutäuschen und die Freigabe der von M. & Co. und vom Stadtrat in T. gepfändeten Gegenstände zu erreichen, daß aber in Wirklichkeit eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und B. J. über eine Verpfändung überhaupt nicht stattgefunden habe und daß dies den drei Angekl. bekannt gewesen sei. Durch diese Feststellungen war die Unwahrheit der Tatsache, die eidesstattlich versichert werden sollte, und das Bewußtsein der Angekl. hiervon zweifelsfrei nachgewiesen. Das BG. hat nun zwar auf das Urteil des Schöffengerichts „allenthalben verwiesen" und — von der Strafzumessung abgesehen — wiederholt die Übereinstimmung der Annahmen des BG. mit jenen des Vorderrichters betont, in Wirklichkeit aber die Feststellung, daß eine Vereinbarung über die Ver-

„fremd" in § 242 StGB. gehabt; auch hier wird man zur Feststellung vorsätzlichen Diebstahls nicht eine juristisch klare Vorstellung über den Erwerb rechtlichen Eigentums verlangen, sondern sich durchaus mit dem Bewußtsein begnügen dürfen, daß durch die Einlegung ein Zustand gesteigerter Sachherrschaft begründet wurde, wie er den Eigenbesitz im Laiensinne charakterisiert.

3. Wendet man diese Gesichtspunkte auf den vorliegenden Fall an, so wird man das Urt. des RG. auch in subjektiver Beziehung (bez. der Schuldfeststellung) billigen können. Eine klare juristische Vorstellung der vermögensrechtlichen Beziehungen in Ansehung des Grundstücks brauchte vom Angekl. zu vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen § 153 StGB., § 807 ZPO. nicht gefordert zu werden. „Welche Vorstellung der Angekl. hinsichtlich der zu seinem Vermögen gehörigen Rechte in bezug auf das Grundstück gehabt, ist ohne Bedeutung." Es genügt, wenn er gewußt hat, daß seine Beziehungen in Ansehung des Grundstücks solche waren, daß ihnen im Laiensinne Vermögenswert beikam; hat er dies gewußt und hat er gleichwohl diese Beziehungen, so wie sie sich für ihn darstellten, verschwiegen, so hat er sich einer wissentlichen Eidesverletzung schuldig gemacht. Der auf den ersten Anblick verblüffende Umstand, daß das RG. eine Schuldfeststellung vom Schwurgericht als ausreichend übernommen hat, die sich auf ganz anderer juristischer Grundlage bewegt als die Tatbestandsbeurteilung des RevG (schuldrechtliche Beziehungen hier, materielles Eigentum dort), begegnet mithin keinen entscheidenden rechtlichen Bedenken. Der „unbestimmte" Vorsatz, den das RG. gegenüber den normativen Bestandteilen des Tatbestandes feststellt, trägt die Verurteilung i. S. des § 153 StGB.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg.

Zu 20. Das Urt. verdient Zustimmung, weil es im Gebiete der Eidesdelikte einer objektiven, genauen Erfassung des Eidesthemas förderlich ist.

Bekanntlich besteht schon im Ausgangspunkt Streit darüber, was als Gegenstand der Eidesleistung oder, wie hier, der Versicherung an Eides Statt anzusehen ist. Die subjektive Eidestheorie vergleicht die Vorstellung, die der Schwörende von dem Sachverhalt hat, mit dem, was beschworen wurde, während die objektive Eidestheorie diesem Inhalt des Eides das objektive Korrelat der Eidesnorm entgegenhält: Näheres zu dieser Streitfrage mit Literatur bei Frank, StGB., 17. Aufl. §§ 153 III 2, 154 III 1a, 163 I 3. Wir folgen der herrschenden, objektiven Lehre, fassen m. a. W. das Eidesdelikt auf nicht als ein „Ausdrucksdelikt", dessen Strafbarkeit auf dem Sinn des Äußernden, sondern als „Äußerungsdelikt", dessen Strafbarkeit auf dem objektiven Sinn des Schwurinhalts ruht (s. hierzu Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände in der Traeger-Festschrift 1926 SA. S. 16).

Logischerweise fordert dieser Standpunkt eine genaue Prüfung der Eidesnorm auf ihren Inhalt im einzelnen Fall. Der sog. Wahrheitseid des § 459 Abs. 1 ZPO. beispielsweise wird sich regelmäßig auf äußere Tatsachen beziehen. Mit dem objektiven Ausgangspunkt sehr wohl verträglich aber ist es, daß der objektive Inhalt der Eidesnorm selbst wieder auf ein „subjektives" Moment, genauer gesagt: auf einen seelischen Vorgang oder Zustand im Schwörenden verweist. Der sog. Überzeugungseid des § 459 Abs. 3 ZPO. ist hierfür ein einleuchtendes Beispiel (Frank a. a. O. § 153 III 2; RGSt. 17, 185). Schwierigkeiten entstehen dort, wo das Eidesthema neben der Bezugnahme auf die objektive „Wahrheit" den Zusatz „nach bestem Wissen" enthält, wie der Zeugeneid des § 392 Satz 3 ZPO., § 62 StPO. oder der Offenbarungseid des § 807 ZPO. (hier außerdem mit dem weiteren Zusatz: „als er dazu imstande sei"). Richtiger Ansicht nach wird man hierin nicht etwa eine selbständige Versicherung der Übereinstimmung des Eides mit der subjektiven Überzeugung des Schwörenden zu sehen haben, die von sich aus den Eid zu einem falschen Eid machen kann, sondern vielmehr nur eine Beschränkung, eine Limitierung der Eidesverletzung: bekundet der Zeuge objektiv die Wahrheit, enthält das durch den Offenbarungseid beschworene Vermögensverzeichnis das wirkliche Vermögen des Schwörenden, so ist der Eid unter allen Umständen „rein"; er ist es aber auch dann, wenn er zwar dem objektiven Sachverhalt widerspricht, aber doch wenigstens in Übereinstimmung mit dem „besten Wissen" des Schwörenden bzw. dem, wozu dieser „imstande" ist, sich befindet. So wohl auch Frank, § 154 III 1a, wenn er davon spricht, daß das Gesetz „ihm selbst eine reservatio auflegt"; jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, wenn Mannheim, GerS. 81, 396 darin einen Widerspruch zum objektiven Ausgangspunkt sieht. Auch das RG. dürfte im Ergebnis auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen: zwar scheint RGSt. 37, 395 auf S. 398 für den Zeugeneid sich dem subjektiven Ausgangspunkt zuzuneigen, läßt aber S. 399 den richtigen Gesichtspunkt der bloßen Limitierung durch den subjektiven

pfändung überhaupt nicht stattgefunden habe, nicht übernommen, sondern eine solche Vereinbarung als möglich unterstellt. Damit ist der Verurteilung der Boden entzogen. Das BG. führt allerdings aus: die Angekl. seien sich darüber klar gewesen, daß sie die Freigabe der gepfändeten Gegenstände nur erreichen könnten, wenn sie die Rechtzeitigkeit der von ihnen für rechtswirksam gehaltenen Verpfändung nachweisen; aus diesem Grund hätten sie bereits in der am 24. oder 25. März angefertigten, dem Stadtrat in Abschrift vorgelegten Bestätigung die Verpfändung auf den 1. März 1925 verlegt; die Urkunde v. 13. April 1925 sei demnach aus den gesamten Umständen heraus sowohl objektiv als auch subjektiv in diesem Sinn deutbar und auch für den Stadtrat in diesem Sinn deutbar gewesen. Allein diese Ausführungen reichen nicht aus, um das, was nach dem Willen der Angekl. eidesstattlich versichert werden sollte, als unwahr erscheinen zu lassen. Ist nach dem 1. März 1925 und vor dem 13. April 1925 eine Vereinbarung über die Verpfändung der Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte der Gesellschaft an B. J. zustande gekommen, dann entsprach der Inhalt des Entwurfs einer eidesstattlichen Versicherung an sich der Wahrheit und enthielt die Zumutung an R., dieses Schriftstück zu unterschreiben und beim Stadtrat in T. einzureichen, kein Unternehmen der Verleitung zur wissentlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt. Bei einer schriftlich eingereichten, bestimmt gefaßten eidesstattlichen Versicherung ist, wie beim Parteieid, für die Frage, ob eine Eidesverletzung vorliegt, der Inhalt der — selbstverständlich der tatsächlichen Auslegung zugänglichen — Versicherung entscheidend. Die für die Zeugenaussage geltenden, aus den Vorschriften über die Zeugenvernehmung (§ 69 StPO.; § 396 ZPO.) und über die Norm des Zeugeneids (§ 62 StPO.; § 392 ZPO.) abgeleiteten Grundsätze (vgl. z. B. RGSt. 7, 321; 39, 58) können auf eine derartige Versicherung an Eides Statt nicht angewendet werden. Aus dem Inhalt des Schriftstücks vom 13. April 1925 selbst ist nun in keiner Weise erkennbar, daß die Verpfändung bereits am 1. März 1925 stattgefunden haben soll; das Schriftstück enthält auch keinen ausdrücklichen oder aus der Fassung zu nehmenden Hinweis auf eine frühere Erklärung oder eine früher eingereichte Urkunde. Der Inhalt wird nicht dadurch unwahr, daß der Stadtrat aus der früher vorgelegten Urkunde den nicht unbedingt zwingenden Schluß ziehen konnte, die in der eidesstattlichen Versicherung erwähnte Verpfändung falle mit der in der früheren Urkunde erwähnten zusammen. Diejenige Behörde, die eine Glaubhaftmachung bestimmter Tatsachen durch eine eidesstattliche Versicherung für erforderlich hält, muß darauf achten, daß die glaubhaft zu machenden Tatsachen in der eidesstattlichen Versicherung vollständig angegeben sind. Bei der tatsächlichen Auslegung einer solchen Versicherung an Eides Statt können allerdings auch Nebenumstände verwertet werden, die sich aus der Versicherung selbst nicht unmittelbar ergeben. Es genügt aber nicht, daß die Versicherung auf Grund der begleitenden Umstände im Sinne einer Unwahrheit „deutbar“ ist, sondern es muß feststehen, daß der Verleitende und derjenige, der die Versicherung abgeben soll, diese in jenem Sinne

Zusatz ganz klar erkennen. Nicht unbedenklich erscheint freilich von der hier vertretenen Auffassung aus RGSt. 60, 37 in Beziehung auf den Offenbarungseid (vgl. zum Ganzen auch den lehrreichen Fall, der JW. 1927, 1313 in der Anm. besprochen ist). Beim Sachverständigeneid des § 410 S. 2 ZPO., § 79 StPO. ist der Eid, soweit er nachprüfbare Wahrheiten umfaßt, objektiv, dagegen, soweit er Ermessensfragen betrifft, subjektiv bestimmt.

Eine notwendige Folgerung aus dem Gesagten ist es nun aber, daß überall der objektive Sinn der Eidesnorm einer ganz scharfen und konkreten Erfassung bedarf. Nur so ist es überhaupt möglich, einen sicheren Boden zu gewinnen. Wenn daher das RG. in den angeführten Entsch. klar und bestimmt den geformelten Parteieid und die geformelte Fassung der eidesstattlichen Versicherung dem allgemein gehaltenen Zeugeneid gegenüberstellt, so entspricht dies durchaus dem richtigen Ausgangspunkt in der Eideslehre. Der 1. StS. hat dies in seinen beiden Urt. RGSt. 59, 343 v. 29. Sept. 1925 und RGSt. 59, 344 v. 3. Nov. 1925 deutlich zum Ausdruck gebracht. Er hält hieran mit Recht auch in dem vorl. Urt. v. 1. April 1927 für das Gebiet der eidesstattlichen Versicherung fest. Er hat damit einen weiteren anerkennenswerten Schritt in der Objektivierung der Eideslehre getan.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

verstanden haben und verstanden wissen wollten (vgl. RG.-Rspr. 2, 141). Wenn beispielsweise dem Angekl. A. J. vom Stadtrat aufgegeben worden wäre, die Wahrheit der in der Urkunde v. 1. März enthaltenen Verpfändungsbestätigung eidesstattlich zu versichern, wenn A. J. dem R. dies mitgeteilt und zugemutet hätte, die eidesstattliche Versicherung unter Bezugnahme hierauf einzureichen, dann stünde der Annahme einer Verleitung zur wissentlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt grundsätzlich nichts entgegen. Im übrigen wäre nach Lage der Sache auch eine Erörterung darüber geboten gewesen, auf Grund welcher Vorschriften der Stadtrat in T. zur Entgegennahme einer eidesstattlichen Versicherung der in Frage stehenden Art zuständig war. Die Annahme der Rev., daß auch dann, wenn eine falsche Versicherung an Eides Statt in Frage gekommen wäre, das Verhalten des Angekl. A. J. nur als straflose Vorbereitungshandlung zu beurteilen sein würde, ist nach der Rspr. des RG. nicht zutreffend.

(1. Sen. v. 1. April 1927; 1 D 87/27.) [A.]

21. [§§ 157, 158 StGB.; § 183 GVG. Zeitpunkt der Vollendung des Meineids. In dem Antrag auf Erlaß eines Haftbefehls ist die Einleitung einer Untersuchung i. S. des § 158 StGB. zu erblicken. Für das Bestehen der in § 157 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. berechneten Gefahr genügt eine entfernte Möglichkeit der Verfolgung.]†)

Die wissentlich falsche eidliche Aussage eines Zeugen ist als vollendeter Meineid zu beurteilen, wenn sie derart abgegeben und zum Abschlusse gekommen ist, daß der Zeuge selbst, das Gericht, dessen Vorsitzender und die Prozeßbeteiligten sie als eine eidlich bekräftigte zeugenschaftliche Bekundung und als Ausgangspunkt für demnächstige weitere Entschließungen, Verfügungen und Anträge ansehen müssen RGSt. 23, 86, 88). Hiernach ist stets nach der Lage des Einzelfalles zu untersuchen, ob und wann eine als einheitliches Ganze zu betrachtende Zeugenaussage vorliegt; dies unterliegt also tatsächlicher Beurteilung. Schon hieraus ergibt sich, daß es unrichtig sein würde, die Vollendung stets erst mit dem Schlusse der Hauptverhandlung anzunehmen. Ein Rechtssatz des Inhaltes, daß der Abschluß der Vernehmung des Zeugen unter allen Umständen erst mit seiner Entlassung oder mit dem Schlusse der Hauptverhandlung gegeben sei, ist nicht anerkannt (RGSt. 46, 196, 198). Das Schwurgericht hat die in RGSt. 23, 86, 88 aufgestellten Voraussetzungen für den Abschluß der Vernehmung des damaligen Zeugen, jetzigen Angekl. A. für erfüllt erachtet, weil A. die von ihm unter Eid abgegebene Aussage auf mehrfachen Vorhalt hin, und zwar selbst dann, als die wörtliche Protokollierung vorgenommen wurde, immer wieder bestätigt hatte und weil hiernach tatsächlich — selbst im Hinblick auf die offenbar unwahre Bekundung — in der Hauptverhandlung fortgefahren und sogar dem Vertreter der Staatsanwaltschaft sowie den damaligen Angekl. das Wort zu ihren Äußerungen und letzten Ausführungen verstattet wurde. Hiernach war nach der ersichtlichen Auffassung des SchwurG., als sich das

Zu 21. Die Frage nach dem Beginn und der Vollendung des Zeugenmeineids § 154 StGB. hat in der Literatur mannigfache Berücksichtigung gefunden. Gewöhnlich pflegt man im Anschluß an den gesetzlichen Wortlaut zwischen den beiden Fällen des Voreides und des Nacheides zu unterscheiden: so z. B. Frank, StGB., 17. Aufl. § 154 II; LpzKomm., 3. Aufl. § 154 N. 6; Allfeld, Lehrb., 8. Aufl. S. 582 u. a. Binding, Lehrb., Bes. Teil II 1, 1. Aufl. (1901) S. 124, 2. Aufl. (1904) S. 145, betont demgegenüber die Einheitlichkeit beider Delikte durch den Hinweis auf die „Zweiaktigkeit“ des Meineids, die ihn mit der Urkundenfälschung des § 267 StGB. auf eine Stufe stellen würde. Würde man hiervon ausgehen, so müßte der Beginn des Meineids, also eine strafbare Versuchshandlung im Gegensatz zur bloßen Vorbereitungshandlung, immer schon dann angenommen werden, wenn mit einem der beiden Akte, also mit der Aussage oder der Eidesleistung, begonnen wäre, eine Folgerung, die Binding a. a. O. S. 125 selbst inkonsequenterweise ablehnt. Die durchaus herrschende Lehre stimmt dem Ergebnis Bindings bei, nimmt also strafbaren Versuch erst bei Beginn des zweiten Aktes an, z. B. Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, II. Teil (1904) S. 82; Stooß, V. D. B. III, 292 Anm. 1; Frank a. a. O.; LpzKomm. a. a. O. sowie RGSt. 54, 117 und die dort S. 122 Anm. 1 ausführlich in

SchöffG. nach den Schlußvorträgen zurückgezogen hatte, für den jetzigen Angekl. und alle übrigen Beteiligten erkennbar, daß die Aussage des A. so, wie sie vorlag, den Ausgangspunkt für die weiteren Entscheidungen des SchöffG. mit bilden werde. Wie der damalige Vorsitzende des SchöffG. als Zeuge bekundet hat, hatte in der Tat das SchöffG., überzeugt von der Unrichtigkeit der Aussage des Zeugen A. und ohne Rücksicht auf sie, sein verurteilendes Erkenntnis bereits beschlossen gehabt und hat dieses nach der späteren Berichtigung der Aussage des A., ohne nochmals abzutreten, unverändert verkündet. Hiernach tritt in der weiteren Darlegung des SchwurG., daß die Tatsache des Wiedereintritts in die Verhandlung nach erfolgter Beratung nur zu dem Zwecke, um dem Zeugen A. noch einmal Gelegenheit zu geben, „sein Gewissen zu erleichtern", der Annahme des bereits vorher erfolgten Abschlusses seiner Aussage nicht entgegenstehe, kein Rechtsirrtum zutage. Auch die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 158 StGB. mit der Begründung, daß in dem vom Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung v. 7. Okt. 1926 gestellten Antrage auf Erlaß eines Haftbefehls gegen den Angekl. wegen des dringenden Verdachts des Meineides bereits die Einleitung einer Untersuchung i. S. des § 158 StGB. zu erblicken sei, begegnet keinem rechtlichen Bedenken. Unter „Einleitung der Untersuchung" ist nicht etwa nur die Eröffnung der Untersuchung i. S. des § 151 StPO., sondern jedes amtliche Einschreiten einer sachlich zuständigen Behörde oder eines sachlich zuständigen Beamten zu verstehen, das dahin zielt, wegen einer als begangen unterstellten strafbaren Handlung eine gesetzliche Ahndung herbeizuführen (RGSt. 6, 82, 83; 21, 8, 9; 25, 366, 367). Nach § 183 GVG. hat das G., wenn eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen wird, den Tatbestand festzustellen; in geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Täters zu verfügen. Aus der letzten Bestimmung ist allerdings zu entnehmen, daß das SchöffG. zum Erlaß eines Haftbefehls gegen A. nicht zuständig gewesen wäre. In dem darauf gerichteten Antrage ist aber zugleich der Antrag auf vorläufige Festnahme des A. mit enthalten. Nach Lage der Sache konnte dieser Antrag nur als die erste amtliche Maßnahme in dem damit gegen A. wegen Meineids eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsverfahren und damit zugleich als die Einleitung einer Untersuchung i. S. des § 158 StGB. beurteilt werden. Dagegen hat die allgemeine sachlich-rechtliche Nachprüfung des Urteils einen Rechtsfehler im Strafausspruch erkennen lassen. Das SchwurG. hat das Vorhandensein des im § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. bezeichneten Strafermäßigungsgrundes verneint, weil sich die Staatsanwaltschaft hinsichtlich einer Strafverfolgung des Angekl. wegen seiner Beteiligung an der „Schwarzbrennerei" bereits dahin entschlossen hatte, von einer solchen Strafverfolgung abzusehen; deshalb hatte sie den Angekl. lediglich als Zeugen in das Verfahren einbezogen. Nach der weiteren Annahme des SchwurG. hätte aber auch schon der der Wahrheit entsprechende Teil der Aussage des Angekl. genügenden Anlaß zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen ihn gegeben, so daß durch eine wahrheitsgemäße Bekundung auch im übrigen die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung des Angekl., die auch ohnedies hätte eingeleitet werden können, nicht hervorgerufen worden wäre. Diese Ausführungen sind rechtlich zu beanstanden. Nach den Urteilsfeststellungen waren die Vergehen der damaligen Angekl. R. und H. gegen das BranntwMonG. in zwei verschiedenen Nächten, nämlich in der Nacht zum 16. und in der zum 22. Dez. 1925 begangen worden. A. hatte als Zeuge zunächst nur seine Beteiligung an dem in der Nacht zum 22. Dez. verübten Vergehen zugestanden, dagegen eine solche an dem Vorfall in der Nacht zum 16. Dez., und zwar insoweit wider besseres Wissen, in Abrede gestellt. Für die Frage des Bestehens der im § 157 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Gefahr ist nicht entscheidend, ob die Angabe der Wahrheit die Verurteilung des Schwörenden mit Notwendigkeit nach sich ziehen mußte, vielmehr lediglich von Bedeutung, ob die wahrheitsgemäße Bekundung seine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens herbeiführen konnte. Ob letzteres der Fall ist, ist lediglich nach dem Zeitpunkte zu beurteilen, in dem der Schwörende seine eidliche Aussage erstattet. Hierbei wird nicht eine naheliegende Möglichkeit der Verfolgung als Voraussetzung der Strafmilderung erfordert; vielmehr genügt für die Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. auch eine entfernte Möglichkeit der Verfolgung (vgl. Urt. des erk. Sen. I, 783/1926 v. 7. Dez. 1926). Im Hinblick auf das vom Angekl. vor den Zollbeamten abgelegte Geständnis war im gegebenen Falle die Möglichkeit der Verfolgung nicht einmal eine entfernte. Wenn auch die Staatsanwaltschaft gegen den Angekl. wegen seiner Beteiligung an der „Schwarzbrennerei" zunächst nicht eingeschritten war, so wäre sie doch weder rechtlich noch tatsächlich gehindert gewesen, das Verfahren gegen ihn jederzeit wieder aufzunehmen. Gerade das Ergebnis der Hauptverhandlung gegen R. und H. konnte ihr Veranlassung zu einer veränderten Auffassung und zu der Annahme geben, daß nunmehr, wegen der Häufung der Fälle des Schwarzbrennens, hinreichender Verdacht für eine wissentliche Beihilfe des A. zu diesen Vergehen des R. und des H. gegeben sei. Wenn

---

Bezug genommene Rspr. und Literatur. Zutreffend lehnt aber, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, RGSt. 54, 117 (121) den Gedanken des zweiaktigen Deliktes (§ 267 StGB. u. ähnl.) ausdrücklich ab; der gesetzliche Wortlaut gibt dem recht. Aus dem Regelkreis der sog. zweiaktigen Delikte kann also für unsere Frage nichts entnommen werden.

Im vorl. Falle steht nicht der Beginn, sondern der Abschluß der Versuchshandlung, also die Vollendung des Delikts, in Frage. Ein solcher vollendeter Meineid liegt jedenfalls erst dann vor, wenn beide „Akte", d. h. die Eidesleistung und das Zeugnis, abgeschlossen sind. Da es sich im vorl. Falle offensichtlich um einen sog. Voreid handelt, steht einzig die Frage zur Erörterung, in welchem Zeitpunkt das „Zeugnis" i. S. des § 154 StGB. vollendet ist. Hierüber werden in der Literatur nicht völlig einheitliche Auffassungen vertreten; doch läßt sich heute von einer ausgesprochen herrschenden Anschauung reden.

Frank hat in den früheren Auflagen seines Komm. den „Abschluß der Vernehmung im Ganzen" für maßgebend erklärt. So sagt beispielsweise die 3./4. Aufl. (1903) § 154 V 2: „Die Aussage des Zeugen erscheint als ein Ganzes und die im Laufe der Vernehmung erstattete unwahre Aussage stellt sich vor Abschluß derselben als Versuch dar", läßt also die Möglichkeit des Rücktritts nach § 46 Nr. 1 StGB. noch zu. Auch die 8./10. Aufl. (1911) a. gl. O. fügt in demselben Sinne bei: „Als Beweismittel kommt erst die abgeschlossene Aussage in Betracht." Daß Vollendung erst mit dem Schluß der Verhandlung oder gar des Verfahrens eintrete, wird in der Literatur nur ganz vereinzelt vertreten: Nachweise bei Allfeld, Lehrb., 8. Aufl. S. 582 in Anm. 28. Im Anschluß an Alsberg, Vollendung und Realkonkurrenz beim Meineid (1906), geht vielmehr die ganz überwiegende Meinung dahin, daß zwar nicht schon mit der Äußerung als solcher (hierüber siehe Allfeld a. a. O. Anm. 27), wohl aber „mit dem Schluß der betreffenden Vernehmung" Vollendung und damit Ausschluß des § 46 StGB. eintrete. So beispielsweise Allfeld a. a. O. bei Anm. 29; v. Liszt, Lehrb., 23. Aufl. S. 624 („mit dem Abschlusse der Vernehmung, nicht schon mit der Aussetzung der Vernehmung und nicht erst mit dem Schluß der Beweisaufnahme"), LpzKomm. § 154 N. 6 („nicht erst mit dem Abschluß der Verhandlung, sondern mit dem Abschluß der Vernehmung"), Kohlrausch, StGB., 27. Aufl. (1927) § 154 N. 7. Sehr bestimmt in dieser Richtung hat sich schon Binding a. a. O. 125 bei Anm. 1 ausgesprochen: „Ganz unhaltbar ist die zur Begünstigung der Straflosigkeit des Widerrufs mehrfach verteidigte Ansicht, daß beim Meineid in der Hauptverhandlung die Vollendung erst mit deren Ende eintrete." Frank endlich betont in der neuesten (17.) Aufl. a. a. O. ausdrücklich im Gegensatz zu den früheren Auflagen, daß nur „regelmäßig" die Vollendung mit Abschluß der Vernehmung eintritt; Ausnahmen sind möglich, „ist die Vernehmung über einen Punkt nach der Auffassung des Gerichts abgeschlossen und das dem Zeugen bekannt, so tritt die Vollendung schon mit diesem Augenblicke ein".

Die Rechtsprechung des RG. teilt diesen überwiegenden Standpunkt des Schrifttums (vgl. zunächst RGSt. 14, 19; 19, 27; 22, 363; dazu auch RGSt. 46, 196). Der 1. StS. stellt in RGSt. 23, 86 (88) v. 21. April 1892 den Grundsatz auf, daß „ein bestimmtes Stadium des Prozesses" ohne Einfluß auf die Frage der Vollendung sei: „es ist vielmehr stets nach Lage des Einzelfalles zu untersuchen, ob und wann eine als einheitliches Ganze zu betrachtende Zeugenaussage vorliegt. Sobald die Aussagen des Zeugen derart abgegeben und zum Abschlusse gekommen sind, daß er selbst, das Gericht, dessen Vorsitzender und die Prozeßparteien sie als eine eidlich bekräftigte zeugenschaftliche Bekundung und als Ausgangspunkt für demnächstige weitere Entschließungen, Verfügungen und Anträge ansehen müssen, ist, wenn das Bezeugte wissentlich unwahr bezeugt ist,

auch auf Grund der insoweit wahrheitsgemäßen Bekundungen des Angekl. hinsichtlich des Vorfalls in der Nacht zum 22. Dez. 1922, bei dem der Angekl. von den beiden Zollbeamten auf frischer Tat betroffen worden war, wegen dieses Vorfalls ohnehin eine strafrechtliche Verfolgung hätte eingeleitet werden können, so konnte doch die Angabe der Wahrheit hinsichtlich der — von A. zunächst verschwiegenen — Beteiligung an der „Schwarzbrennerei" in der Nacht zum 16. Dez. 1925 gegen ihn selbst eine Verfolgung auch wegen dieser zweiten Beteiligung nach sich ziehen. Der erörterte Rechtsfehler nötigte zur Aufhebung des Urt. nur im Strafausspruch.

(1. Sen. v. 29. März 1927; 1 D 247/27.) [A.]

22. [§ 157 Nr. 1 StGB. Entscheidend ist, ob der Zeuge bei Aufdeckung des wahren Sachverhalts eine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten hat.] †)

Daß auch derjenige sich der strafbaren Beihilfe zur Kuppelei schuldig machen kann, dessen eigene Unzucht durch die Kuppelei unterstützt werden soll, ist vom RG. schon mehrfach ausgesprochen worden (vgl. RGSt. 6, 286 [288]; 23, 69 [70 f.]). Die Beihilfshandlung darf nur nicht in dem Unzuchttreiben selbst gefunden werden. Das hat das Schwurgericht auch nicht verkannt. Es hat vielmehr in dieser Beziehung für dargetan erachtet, daß die Angekl. der Einladung der Eheleute H. zu einem Besuche Folge geleistet hat in Kenntnis davon, daß jene ihre Geneigtheit, sich unsittlichen Zugriffen der Wirtshausgäste zugänglich zu zeigen, zur Steigerung ihres Animierkneipenbetriebes ausnützen wollten, und daß sie durch ihre Anwesenheit in der Gaststube, Animieren der Gäste und im Zeigen eines zugänglichen Verhaltens diesen gegenüber die Kuppelei der Eheleute H. unterstützte. Damit sind die die Annahme einer Beihilfe zu dem kupplerischen Treiben der Gastwirtseheleute rechtfertigenden Feststellungen in ausreichender Weise getroffen, insbes. ist auch der Wille der Angekl., dieses Treiben durch die Tat zu fördern, in hinreichend verständlicher Weise zum Ausdruck gebracht worden. Die weiteren Ausführungen des Urteils, daß der Gehilfenvorsatz der Angekl. dadurch nicht ausgeschlossen worden sei, daß sie „natürlich keinesfalls in erster Linie die Unterstützung des Gewinnes der H.schen Eheleute bezweckt" habe, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Welcher Beweggrund den Gehilfen veranlaßt hat, als solcher tätig zu werden, ist für die Frage der Beihilfe gleichgültig. Hiernach ist die Annahme des Schwurgerichts, daß im vorliegenden Falle die Voraussetzungen des § 157 Nr. 1 StGB. zugunsten der Angekl. gegeben waren, rechtlich nicht zu beanstanden. Die weiteren Einwendungen der Staatsanwaltschaft, daß die an die Angekl. bei ihrer Zeugenvernehmung in dem Verfahren gegen die Eheleute H. gestellten Fragen nur auf ihr Unzuchttreiben, nicht aber auf den Tatbestand der Beihilfe zur Kuppelei gerichtet gewesen wären, so daß schon aus diesem Grunde eine wahrheitsgemäße Aussage zu ihrer strafrechtlichen Verfolgung nicht habe führen können, sind verfehlt. Das Verfahren gegen die damaligen Angekl. H. bezweckte die Prüfung der Frage, ob sie sich einer Kuppelei schuldig gemacht hätten. Das Vorliegen dieser Straftat war aber die not-

---

der Zeugenmeineid vollendet". Nach diesem Zeitpunkt könne nur § 158 StGB., nicht mehr § 46 (Ziff. 1) StGB. in Frage kommen. Auf dem Boden dieses — nach Frank a. a. O. „anscheinend von Widersprüchen nicht freien" — Urt. steht auch die vorl. Entsch. desselben (1.) Sen. v. 29. März 1927.

Man wird grundsätzlich der in Literatur und Judikatur herrschenden Ansicht beipflichten können. Schon der Wortlaut des § 154 StGB. spricht dafür: tatbestandliche Voraussetzung der Bestrafung im Falle des Voreids ist dessen „Verletzung durch ein falsches Zeugnis". Jede Beziehung auf den Gang des Prozesses im übrigen fehlt. Das „Zeugnis" erscheint als ein in sich geschlossener Vorgang. Es muß aber auch hier bei dem Charakter des Meineids als „Äußerungsdelikts" (s. meine Besprechung des Urt. RG. 1 D 87/27 v. 1. April 1927) für den Abschluß des Tatbestandes allein auf den objektiven Sinn des Zeugnisses ankommen. Danach richtet sich auch die Beantwortung der Frage, ob innerhalb einer Vernehmung selbständige, für sich zur Vollendung führende Einzelbestandteile unterschieden werden können.

Weder RGSt. 23, 86 noch das vorliegende Urteil lassen in diesem Punkte eine klare Stellungnahme erkennen. Sie werfen mit der tatbestandlichen Frage nach der Vollendung gemäß dem objektiven Sinn der Erklärung die Schuldfrage nach der Kenntnis des Angekl. und die Beweis- (Indiz-) Frage nach dem weiteren Verhalten des Gerichts zusammen. Damit wird das Problem als solches verwirrt, wenn man auch im Ergebnis dem Urt. wird beitreten können. Dessen weiteren Ausführungen zu §§ 157 u. 158 StGB. trete ich bei.

Prof. Dr. **Edmund Mezger**, Marburg.

Zu 22. 1. Wenn man zugibt, daß die unzuchtübende Person Teilnehmer an der zu ihren Gunsten geübten Kuppelei sein kann, dann ist hier § 157 anwendbar, obwohl formalistische Bedenken nicht zu leugnen sind, die gerade aus der Auffassung des RG. stammen. Denn dieses trennt ja die Unzuchtübung und die darüber hinausgehende Teilnahme an der Kuppelei. Dann wäre für den Zeugen jedes Zugeben der Unzucht gefahrlos, also soweit der § 157 nicht anzuwenden. Aber einmal ist, wie sofort darzulegen ist, das Ausüben der Unzucht und das Unterstützen der Kuppelei tatsächlich nicht zu trennen; daher geht jede Auskunft über das erste unmerklich in das zweite über. Und weiter ist die Argumentation des RG. durchaus verständlich, daß das Unzuchtüben so untrennbar mit der Kuppelei verbunden ist, daß der Teilnehmer an der Kuppelei diese Tat, die ihn selbst erst strafbar macht, zugibt, wenn er seine Unzucht eingesteht (siehe zu § 157 auch meine Bemerkungen JW. 1926, 2178).

2. Gerade diese Auffassung läßt das RG. aber folgewidrig außer acht, wenn es sagt, daß die unzuchtübende Person Teilnehmer an der Kuppelei ihrer eigenen Unzucht sein könne[1]). Die den Tatsachen entsprechende Auffassung von der Zusammengehörigkeit der Unzucht und Kuppelei kann nicht durch die ganz formalistische Auffassung beseitigt werden, daß im Gesetz die Kuppelei ein selbständiger Tatbestand sei. Dieser gefährliche, lebensfremde Formalismus macht sich besonders auch in der Darlegung von **Beling** in seiner Lehre vom Verbrechen S. 433 ff. bemerkbar. Formell ist natürlich möglich, den Tatbestand der Kuppelei für sich zu stellen und ebenso das, was man Teilnahme an der Kuppelei nennen will, von dem Unzuchtüben zu trennen. Aber im blutvollen Leben sind alle diese Handlungen ein einziger eng zusammengehörender Komplex. Für das Denken der Täter und für ihr Tun sind sie ebensowenig zu trennen, wie für die Betrachtung durch andere. Das gesamte Tun der Unzuchtüber und ihrer Kuppler ist ein zusammengehörender Angriff auf die allgemeine Sittlichkeit, ein sozialgefährliches Treiben, dessen einzelne Teile voneinander nicht zu scheiden sind. Wenn das Strafgesetz daraus nur den Kuppler packt, so geschieht das doch nur, weil sich aus der Erfahrung ergeben hat, daß das Strafenwollen der Unzuchtüber praktisch mehr schadet als nützt. Wer Unzucht übt, bleibt unbelästigt, solange er nicht andere Rechtsgüter dabei verletzt, die nicht notwendig mit seinem Tun verbunden sind. Das will auch das RG. zugeben, aber es trennt von diesem Tun das andere, das ihm als Teilnahme an der Kuppelei erscheint. Das widerspricht dem Leben und auch der formalen Betrachtung des Gesetzes. Unzuchtüben nach dem RG. wäre danach nur das unmittelbare Ausüben des Geschlechtsakts. Wer aber auf die Straße geht, weiß, daß zum Unzuchttreiben noch viel mehr gehört und daß niemand daran denkt, das Vorspiel als etwas anderes zu nehmen, denn als Teil des Unzuchtübens. So darf ungestraft jede Dirne nach Männern fragen, diese animieren, ja selbst Kuppler benützen, selbst wenn diese wieder strafbar sind. Und dasselbe gilt für den Mann. Die Kuppelei fügt sich in dieses Treiben derart hinein, daß sie gar nicht davon gelöst werden kann, und daß auch kein Rechtsgut gefunden werden kann, das sie selbständig angriffe. Gerade dieser Gedanke ist auch formell von größter Bedeutung. Denn das RG. hat Recht, wenn es sagt, der Unzuchtüber ist nur insoweit frei, als er nicht sich daneben noch anderweit strafbar macht. Z. B. die Dirne, die öffentliches Ärgernis erregt, die verführt, der Mann, der Gewalt anwendet, sie sind aus diesen Gesichtspunkten strafbar. Das läßt sich aber nicht auf die Teilnahme an der Kuppelei übertragen, da die Kuppelei und ihre Erscheinungsformen nicht andere Rechtsgüter verletzen als die Unzucht selbst, da sie selbst gar nichts anderes sind als Teilerscheinungen der einen Art der Sittlichkeitsgefährdung. Im Mittelpunkt dieses Komplexes sozialgefährlichen Tuns steht die Unzucht. Alle Teilnahme an der Kuppelei kann gar nichts anderes sein als Teilerscheinung der Unzucht, die das Gesetz nicht strafen will. Ein anderes formales Denken ist für ein praktisches Gesetz einfach unzulässig. Man braucht nur die Ausführungen der Entsch. über das Tun des Mädchens zu lesen, um sofort zu sagen, daß das doch nichts anderes ist als das, was jede Dirne ungestraft täglich tut, d. h. als ihr Unzuchtsbetrieb. Das RG. kann gar nicht mehr anders, als daß es das Unzuchttreiben überhaupt als Beihilfe zur Kuppelei straft!

Auf die strafrechtlich ganz unhaltbare, in anderen hierher ge-

---

[1]) Die Literatur zu der Frage ist in jedem Kommentar zu finden.

wendige Voraussetzung zum Nachweise einer strafbaren Hilfeleistung hierzu. Die Angekl. hatte daher bei ihrer Zeugenvernehmung die Aufdeckung des wahren Sachverhalts zu fürchten und es bestanden für sie die Voraussetzungen des § 157 Nr. 1 StGB.

(3. Sen. v. 15. Nov. 1926; 3 D 717/26.) [A.]

23. [§ 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. **Daß bei rückschauender Betrachtung dem Täter ein Schuldausschließungsgrund zur Seite steht, läßt die Möglichkeit einer Strafverfolgung nicht ausgeschlossen erscheinen.**]

Bedenken erregt die Nichtanwendung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Der Angekl. hatte, als sein Gläubiger F. die vermeintlich gepfändeten Waren wegschaffen wollte, mit einer Hacke zum Schlag gegen ihn aufgezogen, um ihn von seinem Vorhaben abzuhalten. Es ist zu prüfen, ob nicht die Angabe der Wahrheit über diesen Punkt gegen den Angekl. selbst eine Verfolgung wegen versuchter Nötigung nach sich ziehen konnte. Der Umstand, daß bei rückschauender Betrachtung das Verhalten des Angekl. als Notwehrhandlung gewürdigt werden kann, würde nicht ohne weiteres die Möglichkeit einer Strafverfolgung für den Zeitpunkt der Leistung des Meineids ausschließen.

(1. Sen. v. 1. März 1927; 1 D 144/27.) [A.]

24. [§ 157 StGB. **Verletzung der Eidespflicht durch die Erklärung, nicht bestreiten zu wollen, an Stelle ausdrücklichen Zugebens der behaupteten Tatsachen. § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. ist anzuwenden, wenn die Angabe der Wahrheit für den Zeugen eine Strafverfolgung wegen Ehebruchs nach sich ziehen konnte. Dabei ist bedeutungslos, daß der Zeuge bei der gleichen Vernehmung andere Ehebrüche mit derselben Frauensperson wahrheitsgemäß eingeräumt hatte und schon wegen dieser eine Strafverfolgung wegen Ehebruchs sich zuziehen konnte.**]†)

Der Angekl. ist in einer Strafsache gegen die Mutter einer Frau K. wegen Kuppelei eidlich als Zeuge vernommen worden über seinen geschlechtlichen Verkehr mit der K. in der Wohnung der damals angeklagten Mutter. Er hat bei der Vernehmung vor dem SchöffG. mehrfachen Geschlechtsverkehr auf Spaziergängen eingeräumt und zugegeben, daß es auch ab und zu in der Wohnung zum geschlechtlichen Verkehr gekommen sei. In der Berufungsverhandlung hat er unter seinem Eide zunächst jeden Geschlechtsverkehr in der Wohnung in Abrede gestellt, auf eindringliche Vorhaltungen aber erklärt, er könne sich nicht mehr erinnern, wolle es aber, wenn es der Verteidiger sage, nicht bestreiten, daß ein bis zweimal ein Verkehr im Zimmer stattgefunden habe. Das Schwurgericht stellt fest, daß ein Vergessen dieses Verkehrs vollständig ausgeschlossen sei, und erblickt eine wissentliche Verletzung der Eidespflicht in der Bekundung, er könne sich an den Verkehr im Zimmer nicht mehr erinnern. Es nimmt an, daß der Angekl. sich dessen, was er pflichtgemäß aussagen mußte, wenn er bei der Wahrheit bleiben wollte, wohl bewußt war. Damit sind die Tatbestandsmerkmale des Zeugenmeineids nach der äußeren und nach der inneren Tatseite hin festgestellt. Denn wenn der Angekl. sich der Vorgänge genau erinnerte — und das ist festgestellt —, so stellte die eidliche Bekundung, er könne sich nicht erinnern, eine wissentlich unwahre Aussage dar, und dessen war sich der Angekl. bewußt. Hieran änderte der Zusatz nichts, er wolle, wenn es der Verteidiger sage, einen ein- bis zweimaligen Verkehr im Zimmer nicht bestreiten. Damit hat er nicht, wie es seine Pflicht gewesen wäre, den ihm bewußten Verkehr eingeräumt, sondern diesen nur als ihm nicht mehr erinnerlich nicht bestritten, d. h. nur als möglich zugegeben. Bei den wiedergegebenen Feststellungen ist auch die Verfahrensrüge unbegründet, daß § 267 StPO. durch unzureichende Feststellung der Wissentlichkeit verletzt sei. Auf § 158 StGB. kann sich der Angekl. nicht mit Erfolg berufen. Er hat nicht seine zuerst gemachten unrichtigen Angaben widerrufen, sondern er hat sie durch andere gleichfalls unwahre Bekundungen ersetzt. Dagegen erscheint die Rev. begründet, soweit die Nichtanwendung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. gerügt wird. Der Angekl., der verheiratet ist, konnte sich, wenn er den Geschlechtsverkehr mit der K. in deren Wohnung einräumte, einer Strafverfolgung wegen des Vergehens des Ehebruchs (§ 172 StGB.) aussetzen. Das Schwurgericht verneint die Anwendbarkeit jener Vorschrift, weil der Angekl. nicht schlechthin jeden Geschlechtsverkehr mit der K. in Abrede gestellt, vielmehr einen solchen außerhalb der Wohnung jederzeit offen zugegeben habe. Bei dieser Sachlage sei es für eine Strafverfolgung bedeutungslos gewesen, ob auch in der Wohnung ein geschlechtlicher Verkehr stattgefunden habe; der Angekl. habe sich nicht in einer Zwangslage befunden, die den inneren Grund für die Strafermäßigung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. bilde. Dem kann nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß nach den Mo-

---

hörenden Entsch. vorgetragene Ansicht, daß der Teilnehmer an der Kuppelei oder etwa an der Gefangenenbefreiung sich schuldig mache, weil er den andern zum Verbrecher mache, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Die Anschauung des RG. ist über die hier behandelte Frage hinaus grundsätzlich von Bedeutung: Welches ist der Sinn des § 2 StGB.? Sollen die Tatbestände nur soweit angewendet werden, als ihr klarer Wortlaut reicht, oder sollen sie elastisch ausgedehnt werden, um Menschen zu erfassen, die etwas Sozialgefährliches tun, das sich aber nicht unter den ursprünglichen, geschichtlich begreifbaren Sinn der Tatbestände unterbringen läßt? Wollen wir die Strafbarkeit möglichst ausdehnen, wollen wir den Richter zum Neuschaffer von Tatbeständen machen oder nicht? Die Frage ist zu schwierig, um hier erörtert zu werden. Aber sie muß zuerst beantwortet werden, bevor man die obige Entsch. voll begreifen kann (Mannheim oben S. 897).

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Zu 24. Dem Urt. stimme ich in allen Punkten zu.

Dem scheint zunächst eine frühere Äußerung (Anm. zu dem Urt. des RG. 1 D 87/27 v. 1. April 1927) zu widersprechen. Wir haben im Anschluß an die herrschende Lehre (Frank, StGB., 17. Aufl. §§ 153 III 2, 154 III 1 a) den Ausgangspunkt an der sog. objektiven Eidestheorie genommen, also den Eid und so auch den hier in Frage stehenden Zeugeneid dann für richtig erklärt, wenn das beschworene Zeugnis mit dem objektiven Sachverhalt übereinstimmt. Dieser objektive Ausgangspunkt schließt freilich bei besonderer Fassung des Eidesthemas eine ausnahmsweise subjektive Bestimmung der Eidesrichtigkeit, z. B. in § 459 Abs. 3 ZPO., nicht aus. Dem Zusatz „nach bestem Wissen" beim Zeugeneid des § 62 StPO. glaubten wir jedoch keine solche positiv die Unrichtigkeit des Eides begründende Wirkung beilegen zu dürfen, sondern sehen in ihm lediglich (ähnlich wie Frank a. a. O. § 154 III 1 a) eine den objektiven Tatbestand des Meineids einschränkende Klausel. RGSt. 37, 395 (398) meint zwar in Beziehung auf diesen Zeugeneid, daß „die objektive Unwahrheit einer Aussage auch dadurch gegeben sein kann, daß die Erklärung, sie sei nach bestem Wissen erstattet, unrichtig ist"; mit der Wendung (399), daß die Worte „nach bestem Wissen" in der Eidesformel „nicht etwa eine besondere, ohne sie nicht vorhandene Verpflichtung zur Sorgfalt bei der Aussage ausdrücken und eine Erschwerung der Aufgabe des Zeugen herbeiführen, sondern dem Zeugen einen Gewissensdruck ersparen sollen", schließt sich aber das Urt. offensichtlich der hier vertretenen Auffassung an.

Gleichwohl soll sich im vorl. Falle der Zeugenmeineid positiv daraus ergeben, daß der Zeuge über seine subjektive Erinnerung etwas Falsches ausgesagt hat, während seine Aussage, er wolle den geschlechtlichen Verkehr im Zimmer nicht bestreiten, objektiv immerhin der Wahrheit nahe käme. Ein Widerspruch mit dem bisher Ausgeführten liegt in dieser subjektiven Orientierung jedoch nicht: gesagt werden sollte nur so viel, daß aus dem Zusatz „nach bestem Wissen" in § 62 StPO. nicht grundsätzlich ein die Falschheit des Eides begründendes Argument hergeleitet werden könne. Im übrigen aber besteht für den Zeugeneid (teilweise im Gegensatz zum Parteieid: siehe die erwähnte Anm. zu RG. 1 D 87/27) völlige Anpassung an den Einzelfall. Was in diesem Einzelfall bekundet werden soll, das ergibt sich ausschließlich aus den besonderen Umständen und ihrer interpretativen Verwertung; und wenn dieses konkrete Eidesthema sich als solches auf subjektive Vorgänge im Schwörenden bezieht, so ist selbstverständlich ein „subjektives" Kriterium für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Eides entscheidend. Dies ist mit Recht und in richtiger Auslegung der Zeugenaussage im vorl. Falle vom RG. angenommen worden: so wie die Aussage des Zeugen lautete (er könne sich „nicht mehr erinnern"), sollte sie Auskunft geben über die Lage der (subjektiven) Erinnerung, nicht unmittelbar über die objektiven Vorgänge selbst. Daß solche „inneren Tatsachen" ein geeigneter Gegenstand der zeugenschaftlichen Bekundung sein können, dürfte heute unbestritten sein. Nicht ganz scharf bleibt

tiven zum Entwurf eines StGB. für den Norddeutschen Bund (vgl. RGSt. 43, 69) die für den Zeugen bestehende Zwangslage der gesetzgeberische Grund für die Zulassung der Strafermäßigung war. Aber das Bestehen einer solchen Zwangslage ist nicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden. Nach der Fassung der Vorschrift, die für die Auslegung in erster Linie maßgebend sein muß, setzt, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat (§ 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB.) nur rein objektiv voraus, daß die Angabe der Wahrheit dem Zeugen eine Strafverfolgung wegen eines Verbrechens oder Vorgehens zuziehen kann (RGSt. 23, 150; 43, 70; 59, 62), während das Erfordernis einer subjektiven Auffassung des Täters, daß er sich in einer Zwangslage befinde, nicht aufgestellt ist. Die Anwendbarkeit der Vorschrift kann also nicht auf die Fälle, in denen eine solche Zwangslage vom Täter mit Grund angenommen wurde, beschränkt werden. Zu prüfen ist vielmehr nur, ob die Angabe der Wahrheit, also hier des ehebrecherischen Verkehrs im Zimmer der K., eine Verfolgung des Angekl. wegen Ehebruchs nach sich ziehen konnte. Das ist nicht zu bestreiten. Auch wenn er mehrfachen Geschlechtsverkehr mit der K. außerhalb der Wohnung zugegeben und damit seiner Ehefrau die Möglichkeit eröffnet hat, auf diese eine Scheidungsklage zu stützen, so ist doch keineswegs ausgeschlossen, daß wegen der hier fraglichen Ehebrüche im Zimmer der K., sei es allein, sei es in Verbindung mit denen außerhalb des Zimmers, die Ehescheidung ausgesprochen wird, und alsdann wegen ihrer eine Strafverfolgung nach § 172 StGB. Platz greift. Auch könnte bezüglich einzelner Ehebrüche Verzeihung eintreten, während wegen anderer eine solche nicht erfolgt. Nach alledem schließt die Möglichkeit einer Strafverfolgung wegen der Ehebrüche im Freien eine solche wegen des ehebrecherischen Verkehrs im Zimmer nicht aus, und schon die objektive Möglichkeit einer solchen Verfolgung rechtfertigt die Anwendung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Das Urteil ist daher im Strafausspruche aufzuheben und zur erneuten Prüfung der Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. in die Vorinstanz zurückzuweisen. Hierbei erscheint der Hinweis geboten, daß eine Bemerkung in den Strafzumessungsgründen zu Bedenken Anlaß gibt. Als straferschwerend ist dort hervorgehoben, daß das Interesse der Rechtspflege an der Heilighaltung des Eides gebieterisch eine empfindliche Strafe verlange. Nach der dem StGB. zugrunde liegenden Auffassung sind die Eidesdelikte solche gegen die Rechtspflege, deren Tätigkeit durch die Strafdrohungen gegen wissentlich falschen Parteieid und gegen eidliche Bekräftigung eines wissentlich falschen Zeugnisses oder Gutachtens gesichert werden soll. Da hiernach das Interesse der Rechtspflege schon den Grund der Strafbestimmung bildet, kann daraus nicht ein Grund für die Zuerkennung einer höheren Strafe entnommen werden.

(1. Sen. v. 29. März 1927; 1 D 267/27.) [A.]

---

das Urt. freilich, wenn es im weiteren ausführt, der Zeuge (jetziger Angekl.) habe fälschlicherweise den Verkehr „nur als möglich" zugegeben: damit irrt es in das Gebiet objektiver Kriterien ab, während der Meineidsvorwurf hier in der falschen Bekundung über **innere** (seelische) Vorgänge und **nur** über solche liegt.

Auch die gegenüber dem Schwurgerichtsurteil erweiterte Auslegung des § 157 Abs. 1 N. 1 StGB. verdient Billigung. Das objektive Vorliegen des Umstandes, daß die Angabe der Wahrheit gegen den Schwörenden selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, begründet ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Schwörenden die Strafermäßigung: das ist in Rspr. (RGSt. 23, 149) und Literatur (**Frank**, § 157 I 1; **LpzKomm.**, 3. Aufl. § 157 N. 1 und insbes. **Stooß**, V. D. B. III, 291), wenn auch nicht unbestritten (**Binding**, Lehrb. II, 163), überwiegend anerkannt, woraus freilich keineswegs mit RGSt. 43, 67 der Ausschluß des § 59 StGB. für den Fall irrtümlicher Annahme dieses Umstandes folgt. Mit Recht aber nimmt das vorl. Urt. weiter an, daß der **einzelne**, den Gegenstand der Zeugenaussage bildende Umstand **für sich** auf seine gefährdende Wirkung geprüft werden muß. Es ist zuzugeben, daß diese Auslegung das Anwendungsgebiet des § 157 StGB. sehr weit ausdehnt: da die Aussage sich, ohne den § 157 Abs. 1 Ziff. 1 auszuschließen, zugleich auch auf strafrechtlich für den Zeugen indifferente Punkte beziehen darf (**Frank**, § 157 I 1 a. E.; RG.: DJZ. 31, 1345), soll also schon ein **einzelner** Punkt in der Aussage, der für die Verfolgung von Bedeutung sein könnte, die gesetzliche Strafermäßigung für die gesamte Zeugenaussage gewähren. Die gegenteilige Annahme würde aber den Gedanken des

25. [§§ 157 ff. StGB.; § 69 StPO. **Fahrlässig falsche Zeugenaussage: die Art der Vernehmung wesentlich für die Prüfungspflicht des Zeugen hinsichtlich der Bedeutsamkeit von Tatsachen, nach denen er nicht ausdrücklich gefragt wird.**] †)

Was die Beurteilung aus dem Gesichtspunkte der Fahrlässigkeit anlangt, so war der Angekl. bei seiner Vernehmung als Zeuge verpflichtet, die volle Wahrheit zu sagen und nichts, was er wußte, zu verschweigen. Diese Verpflichtung erstreckte sich auf den Inhalt seines Wissens insoweit, als dieser für das Verfahren von Belang war, in dem er vernommen wurde. Nahm er irrtümlich an, daß die Angabe einer Tatsache, von der er Kenntnis hatte, nicht in Beziehung zu dem Verfahren stehe, also nicht von seiner Eidespflicht umfaßt werde, so war das Verschweigen der Tatsache dann fahrlässig, wenn er bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit erkennen mußte, daß es auf die von ihm verschwiegene Tatsache ankam und daß sich seine Eidespflicht auf sie erstreckte. Einen Fall dieser Art hat die StK. für gegeben erachtet, da zwar nicht nachweisbar sei, daß der Angekl. ausdrücklich danach **gefragt** worden wäre, ob zwischen seinem Vater und P. ein Aufgeld vereinbart worden sei, wohl aber in dem Verfahren gegen V. und P. „die Frage des Aufgelds allgemein zur Erörterung gestanden habe". Wenn unter diesen Umständen der Angekl. als Zeuge glaubte, er habe nur darüber auszusagen, ob er eine dahingehende Vereinbarung zwischen seinem Vater und P. **mitangehört** habe, so hätte er sich doch — nimmt die StK. an — bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit darüber klar werden müssen, daß es dem Gerichte weitergehend darauf ankam, ob ein Aufgeld vereinbart worden ist, ob also nicht der Zeuge auf andere Weise ein Wissen zu diesem Punkte hatte; und er hätte, führt das angefochtene Urt. weiter aus, wenn ihm in dieser Beziehung ein Zweifel kam, die Pflicht gehabt, sich durch eine Befragung des Gerichts Klarheit über den Umfang der von seiner Eidespflicht umfaßten Gruppe von Tatsachen zu verschaffen. Diese Beurteilung der Sachlage bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme des Tatbestands einer fahrlässigen Eidesverletzung. Hierfür wäre vor allem festzustellen gewesen, in welcher Weise sich die Vernehmung des Angekl. als Zeugen abgespielt hat. Ist er, wie im § 69 StPO. angeordnet ist, allgemein aufgefordert worden, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt sei, im Zusammenhang anzugeben, so oblag allerdings ihm in erster Linie die Pflicht, zu prüfen, inwieweit Tatsachen seines Wissens für den ihm bekannten Gegenstand des Verfahrens von Bedeutung sein könnten, und für diesen Fall würde die Begründung ausreichen, die das angefochtene Urteil für die Annahme der StK. gibt, daß der Angekl. bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit auch das außerhalb der Verhandlung zwischen seinem Vater und P. gewonnene Wissen von der Art des zwischen beiden geschlossenen Geschäfts hätte offenbaren müssen.

---

§ 157 StGB. zu sehr gefährden, so daß die reichsgerichtliche Stellungnahme sich als zutreffend erweist.

Anerkennenswert ist in dem Urt. die scharfe Scheidung zwischen „gesetzgeberischem Grund" und „Tatbestandsmerkmal" (gegen **Übertreibungen** teleologischer Jurisprudenz im Gebiete des Strafrechts!) und die ganz allgemein gehaltene Feststellung, daß der legislatorische Grund einer Strafbestimmung keinen Strafzumessungsgrund bilden darf.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

Zu 25. Der vorliegenden Entsch., zu welcher auf die Anmerkung JW. 1927, 1314—1315 verwiesen sein mag, kann ich nur aufs wärmste zustimmen. In ihr findet die leider noch immer bei den Untergerichten verbreitete Neigung, die Feststellung der Fahrlässigkeitsschuld von allgemeinen Gefühlserwägungen abhängig zu machen, eine erfreulich entschiedene Ablehnung. Will man nämlich am Tat-**Schuld**-Charakter der Fahrlässigkeit wirklich festhalten, so müssen, wie schon früher betont, ganz bestimmte, **bewußte** psychische Vorgänge im Täter den Anknüpfungspunkt und die Grundlage des in ihr vollzogenen rechtlichen Unwerturteils bilden. Die Fahrlässigkeit erfordert m. a. W. als „unentbehrliches Erfordernis" eine im Bewußtsein des Täters an ihn „herantretende Anforderung, anders zu handeln, als er tatsächlich gehandelt hat."

In richtiger Erkenntnis dieses Gesichtspunktes stellt das vorliegende Urt. klar und scharf darauf ab, „**in welcher Weise** sich die Vernehmung des Angekl. als Zeugen abgespielt hat". Denn

In diesem Falle würde auch der Umstand, daß der Angekl. die Aussage darüber hätte verweigern dürfen, ob sich sein Vater ein Aufgeld ausbedungen habe, den Tatbestand einer strafbaren Verletzung der Eidespflicht nicht ausgeschlossen haben. Es ist aber auch — wie es nicht selten fehlerhaft geschieht — möglich, daß bei der Vernehmung der genannte § 69 nicht beachtet und dem Zeugen nur eine einzelne Frage vorgelegt worden ist, etwa dahin, ob er die Verhandlung zwischen seinem Vater und P. mit angehört habe und daraus wisse, was dabei über ein Aufgeld ausgemacht worden sei. In diesem Fall würde es nicht ohne weiteres die Annahme einer fahrlässigen Verschweigung begründen können, wenn der Angekl. es unterließ, ein außerhalb jener Verhandlung erlangtes Wissen kundzugeben. Ob aber nicht ein Fall dieser Art vorlag, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Daß der Angekl. „nach Aufgeld" *gefragt* worden wäre, hat der Zeuge F. nicht bestimmt sagen können, im übrigen hat er nur angegeben, die Frage des Aufgelds habe „allgemein zur Erörterung gestanden". Daß die Frage der Vereinbarung eines Aufgelds gerade auch *bei der Vernehmung des jetzigen Angekl.* erörtert worden wäre, ist hieraus nicht ersichtlich. Dafür aber, daß der Angekl. aus einer *sonstigen* Erörterung jener Frage während des Fortgangs der Verhandlung bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit zu der Überzeugung hätte gelangen müssen, seine Aussagepflicht erstrecke sich *trotz der Begrenztheit der an ihn gerichteten Frage* auch auf diesen Punkt, sind im angefochtenen Urteil keine Ausführungen gemacht. Die dort angenommene Verpflichtung des Angekl., sich durch eine Befragung des Gerichts über den Umfang seiner Zeugnispflicht zu unterrichten, würde der Annahme einer fahrlässigen Unterlassung nur dann als Unterlage dienen können, wenn ein Anhalt dafür bestand, daß dem Angekl. über den Umfang seiner Zeugnispflicht ein Bedenken gekommen ist, oder der Umstand, daß ihm kein Bedenken kam, selbst wieder auf einer pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit beruhte.

(1. Sen. v. 24. Mai 1927; 1 D 434/27.) [D.]

26. [*Unvollständiger Ausspruch der Bekanntmachungsbefugnis nach § 165 StGB.*]†)

Das Strafgesetz ist auf den festgestellten Sachverhalt ohne Rechtsirrtum angewandt worden. Nur entspricht der Ausspruch über die Befugnis des Verletzten zur öffentl. Bek. des Urt. insofern nicht der Vorschrift des § 165 StGB., als nicht die Frist festgesetzt ist, binnen welcher der zweiwöchige Aushang zu erfolgen hat; das kann den Angekl. beschweren. Da das RevG. den Ausspruch nicht entsprechend ergänzen kann, muß dieser aufgehoben und von der Vorinstanz neu getroffen werden. Der Schuldspruch und die Hauptstrafe nebst den ihnen zugrunde liegenden Feststellungen bleiben dagegen bestehen.

(2. Sen. v. 4. Juli 1927; 2 D 510/1927.) [D.]

27. [*§ 168 StGB. Grabschändung durch eigenmächtige Öffnung des Grabes des Sohnes.*]†)

Das Vergehen der „Grabschändung" stellt sich nicht als eine Art der Sachbeschädigung dar, bei der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit durch die von vornherein bestehende Absicht der Wiederherstellung des früheren Zustandes ausgeschaltet sein könnte. Der gesetzgeberische Grund, die Beschädigung eines Grabes unter besonderen strafrechtlichen Schutz zu stellen, besteht vielmehr darin, daß der Friede der Toten und ihrer Gräber und damit etwas vor Störung und Beeinträchtigung gesichert werden soll, was religiöse Achtung genießt und zu beanspruchen hat (vgl. GA. 39, 434 — III. 15. Febr. 1892). Gegen diese Schutzbestimmung hat sich der Angekl. schon dadurch vergangen, daß er festgestelltermaßen eigenmächtig und heimlich das Grab seines Sohnes und dessen Sarg öffnete. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß er mit der — später auch durchgeführten — Absicht handelte, die Grabstätte wieder ordnungsmäßig herzurichten, denn die einmal vorgenommene Verletzung der Integrität des Grabes konnte durch die nachträgliche Beseitigung der Beschädigung nicht ungeschehen gemacht werden. Daß der Angekl. zu seiner Handlungsweise nicht befugt und sich auch der mangelnden Befugnis bewußt war, hat das LG. aus Erwägungen tatsächlicher, einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassender Art für erwiesen erachtet. Die Annahme des LG., daß der Angekl. zu seinem Tun nicht befugt war, kann übrigens um so weniger einem Bedenken unterliegen, als es sich — wie festgestellt — nicht um ein Einzelgrab, sondern um eine Grabstätte handelte, in der neben dem Leichnam des Sohnes des Angekl. auch die Leiche des Bergmannes O. beigesetzt war.

(3. Sen. v. 28. Febr. 1927; 3 D 874/26.) [A.]

28. [*§§ 176 Nr. 1, 185, 73 StGB. Tateinheitliches Zusammentreffen von Beleidigung mit Verbrechen gegen § 176 Nr. 1 StGB.*]†)

Der Angekl. hat an der Frida S. allerlei Handlungen vorgenommen, die sie als unzüchtige bewertete, weil sie das allgemeine Scham- und Schicklichkeitsgefühl in geschlechtlicher

---

durch die Art und Weise dieser Vernehmung wird im konkreten Fall das Maß der *Anforderung* bestimmt, die dem Zeugen zum Bewußtsein gebracht worden ist. Die richtige Vernehmung nach § 69 StGB. mit ihrer Aufforderung, „das, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben", führt dem Zeugen klar seine Pflicht vor Augen, „zu prüfen, inwieweit Tatsachen seines Wissens für den ihm bekannten (!) Gegenstand des Verfahrens von Bedeutung sein könnten"; die Vernachlässigung dieser ihm bewußt gewordenen Pflicht bildet die Grundlage der Schuldbejahung.

Nimmt man demgegenüber, was das Urt. als möglich zugrunde legt, an, daß die Befragung des Zeugen nicht nach der Vorschrift des § 69 StGB., sondern nur durch Vorlegung einer einzelnen Frage erfolgt ist, so ist es durchaus *zutreffend*, daß dann der *Nachweis* einer bestimmten Anregung als Grundlage des Fahrlässigkeitsurteils dem Angekl. erst erbracht werden muß. Lag diese Anregung nicht schon in der Frage als solcher, so kann sie nur „einer sonstigen Erörterung jener (für seine Aussage für maßgeblich erachteten) Frage" entnommen werden. Es muß ein „Anhalt" dafür bestanden haben, „daß dem Angekl. über den Umfang seiner Zeugnispflicht ein Bedenken gekommen (!) ist" oder es mußte die Unbedenklichkeit „selbst wieder auf einer pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit beruht", d. h. (richtiger Ansicht nach) die pflichtwidrige Ablehnung einer dem Angekl. *bewußt* gewesenen Anforderung weiter zurückliegender Art bedeutet haben.

So ergeben die Grundgedanken, von denen das Urt. ausgeht, erfreuliche Leitlinien zur richtigen praktischen Erfassung des Fahrlässigkeitsbegriffs im Strafrecht.

Prof. Dr. Edm. *Mezger*, Marburg.

Zu 26. Durch Nichtbestimmung der Art und Frist der Bekanntmachung erscheint der Angekl. nur dann als beschwert, wenn man aus dem unvollständigen Tenor die Befugnis des Verletzten herleitet, selbständig und willkürlich über Art und Frist zu befinden. Aus dieser Auffassung würde folgen, daß nach Rechtskraft des unvollständigen Tenors der Verletzte die Verurteilung noch nach Jahren durch Anschläge großen Umfangs an sämtlichen Plakatsäulen einer Großstadt, in die der Verurteilte inzwischen verzogen ist, *auf dessen Kosten* bekanntmachen dürfte. Die Meinung, die solche Konsequenz unabweisbar machen würde, kann aber nicht gebilligt werden. Nach § 165 StGB. kann der Verletzte nicht schlechthin Publikationsbefugnis erlangen, sondern nur die Befugnis, eine nach Art und Frist im Urt. bestimmte Bekanntmachung vorzunehmen. Bei unvollständigem Urt. entfällt die Befugnis zu einer Veröffentlichung auf Kosten des Schuldigen, ebenso wie sie entfällt, wenn § 165 irrtümlich überhaupt nicht zur Anwendung gebracht worden ist. In diesen beiden Fällen ist nicht der Verurteilte beschwert, sondern der Verletzte.

Wird, wie in dem vorl. Falle in Übereinstimmung mit der vom RG. schon früher vertretenen und bisher ohne Widerspruch gebliebenen Ansicht geschehen ist, auf allgemeine Sachbeschwerde des Verurteilten der Ausspruch über die Bekanntmachungsbefugnis aufgehoben, so führt die erfolgreiche Rev. dazu, daß der zunächst wirkungslose Ausspruch dem Gesetze gemäß ergänzt und erst dadurch dem Verurteilten nachteilig wird.

JR. Dr. *Drucker*, Leipzig.

Zu 27. Die Entsch., deren Tatbestand in wesentlichen Einzelheiten nicht erhellt, gibt höchstens zu der Bemerkung Anlaß, daß der offenbar vorl. *zweite* Tatbestand des § 168 — Zerstörung oder Beschädigung eines Grabes — nicht als „*Grabschändung*" bezeichnet werden kann, diese Bezeichnung vielmehr dem dritten Tatbestand — beschimpfender Unfug — vorbehalten bleiben muß.

Prof. Dr. *Radbruch*, Heidelberg.

Zu 28. Die Entsch. erscheint auf den ersten Blick gekünstelt; doch ist sie durchaus richtig, juristisch einwandfrei und zu billigen. In RGSt. 45, 201 nimmt der 4. Sen. offenbar grundsätzlich zwischen den §§ 176, 1 und 185 das Verhältnis der Tateinheit nach § 73 an. Der 3. Sen. sagt in JW. 1926, 1989, daß die zwei Vorschriften ein-

Beziehung verletzen und in wollüstiger Absicht vorgenommen wurden. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Insbes. kann auch das Berühren des nackten Oberschenkels der Angegriffenen, wenn der Täter bis zu den weiblichen Geschlechtsteilen vordringen wollte, schon eine vollendete unzüchtige Handlung darstellen. Das ist im wesentlichen Tatfrage (RGSt. 58, 277). Daß der Angekl. einzelne der von ihm verübten Handlungen mit Gewalt vorgenommen hat, hat das Gericht ohne Rechtsirrtum daraus geschlossen, daß die Angegriffene, mit Armen und Händen und mit den Knien stoßend, sich ernstlich gewehrt hat, und daß es einer beträchtlichen Kraftaufwendung bedurft hat, diesen Widerstand so weit zu brechen, daß der Angekl. wenigstens zum Teil sein Vorhaben ausführen konnte. Damit ist der äußere Tatbestand des § 176 Nr. 1 StGB. gegeben. Auch das **Bewußtsein** des Angekl. von der Unzüchtigkeit seiner Handlungen ist ausdrücklich festgestellt. Zu einer näheren Begründung dieser Feststellung wäre nur dann Anlaß gewesen, wenn Umstände hervorgetreten wären, die zu Zweifeln am Besitz der vollen Geisteskräfte des Angekl. Anlaß gegeben hätten, wie etwa starke Trunkenheit oder Geistesschwäche. Solche Umstände sind aber nicht nur nicht festgestellt, sondern nicht einmal von der Rev. vorgebracht. Die Annahme tateinheitlichen Zusammentreffens der Tatbestände des § 176 Nr. 1 und des § 185 StGB. erscheint bei dem festgestellten Sachverhalt als zutreffend. Im Falle des § 176 Nr. 3 hat der erk. Sen. für den Regelfall Gesetzeseinheit mit § 185 angenommen, weil jede Vornahme einer unzüchtigen Handlung an einem Kinde eine gegen es gerichtete ehrenkränkende Kundgebung sei und dem Täter das Bewußtsein hiervon nie fehlen könne wie Erwachsenen gegenüber (RGSt. 45, 344). Der 4. Sen. hat Tateinheit zwischen §§ 185 und 179 StGB. in RGSt. 19, 250 verneint; in RGSt. 24, 201 aber rechtliches Zusammentreffen von §§ 176 Abs. 1, 177 mit 185 als möglich angenommen, da der innere Tatbestand der Beleidigung bei Verübung des Sittlichkeitsverbrechens nicht notwendig vorhanden sein müsse. Der 3. S. endlich hat Tateinheit zwischen §§ 176 Abs. 3, 185 in einem besonderen Fall angenommen, wo neben den unzüchtigen Handlungen Willensbetätigungen festgestellt waren, die nicht notwendig als unzüchtig angesprochen werden mußten, aber doch für tätliche Beleidigungen erachtet worden sind (RGSt. 46, 302). Ein ähnlicher Fall wie der letztgenannte liegt hier vor. Nicht alle unzüchtigen Handlungen des Angekl. sind gewaltsame und deshalb als solche strafbare gewesen. So griff er der S., als sie an den Spiegel getreten war, um ihr Haar zu ordnen, plötzlich mit der Hand in den Ausschnitt der Bluse bis an die Brustwarze. Dies war nach den Feststellungen des Gerichts eine unzüchtige, zugleich aber auch eine ehrverletzende Handlung. Als Beleidigung trifft diese Tat mit der gewaltsamen Vornahme unzüchtiger Handlungen nur deshalb tateinheitlich zusammen, weil alle unzüchtigen Griffe als eine einheitliche fortgesetzte Handlung bewertet worden sind. Der Anwendung des § 73 StGB. steht also nichts entgegen. Der innere Tatbestand der Beleidigung fehlt hier nicht, denn die StK. hat ihn nicht etwa nur für die gewaltsamen Betätigungen angenommen, sondern für alle unzüchtigen Handlungen, die von dem geleisteten Widerstand an begangen wurden. Die nach § 176 Nr. 1 StGB. strafbare Teilhandlung ist aber jener vorausgegangen. Damit erledigt sich die Behauptung der Rev., der Angekl. habe nach dem Verhalten anderer Mädchen angenommen, auch die S. werde mit seiner Handlungsweise einverstanden sein. Übrigens würde auch ein derartiges Einverständnis des 15jährigen Mädchens dem Angriff auf dessen Geschlechtsehre den Charakter der Rechtswidrigkeit nicht haben nehmen können (RGSt. 60, 34). Demnach ist die Verurteilung auch aus § 185 StGB. nicht zu beanstanden.

(2. Sen. v. 14. März 1927; 2 D 174/27.) [A.]

29. [§ 176 Abs. 3 StGB. **Zum Begriffe unzüchtiger Handlungen „mit" einem Kinde.**]†)

Der Angekl. stand, während er onanierte, vor dem Kinde M. und ließ dann den sich ergießenden Samen dem Kind über das Händchen laufen. Ob letzteres absichtlich geschehen ist, läßt das Urt. nicht ersehen; die Bejahung der Frage war um so weniger selbstverständlich, als dem Gericht hierfür nur die Aussage eines vierjährigen Kindes zur Verfügung stand. Aber auch, wenn es der Fall gewesen ist, würden die Feststellungen des Urt. nicht ausreichen, um den Tatbestand eines Verbrechens nach § 176 Nr. 3 StGB. als verwirklicht annehmen zu können. Die Vornahme einer unzüchtigen Handlung „vor" einer Person, d. h. bloß in ihrer Gegenwart, ist nicht die Vornahme einer unzüchtigen Handlung „mit" ihr. Die unzüchtige Handlung bestand ausschließlich darin, daß der Angekl. an seinem Geschlechtsteil bis zum Samenergusse rieb, wobei anscheinend das Kind zuschaute. Auch wenn es zur Erhöhung der Geschlechtslust des Angekl. diente, daß das Kind ihm zuschaute, ja wenn die Erregung und Befriedigung der Geschlechtslust bei ihm daran gebunden gewesen sein sollte, daß er in dem Kinde einen Zuschauer seiner Tat hatte, lag nicht eine unzüchtige Handlung **mit** dem Kinde vor (RGSt. 25, 287). Denkbar wäre, daß es dem Angekl. zur Befriedigung seiner Geschlechtslust oder zu ihrer Erhöhung diente, daß der sich ergießende Same mit dem **Körper des Kindes** in Berührung kam; jedoch auch damit wäre der Tatbestand eines Verbrechens nach § 176 Nr. 3 noch nicht erfüllt. Denn wie das RG. in ständiger Rspr. angenommen hat, genügt es nicht, daß der **Körper des Kindes** dem Täter dazu dient, an seinem eigenen Körper eine unzüchtige Handlung vorzunehmen, vielmehr muß sich der unzüchtige Angriff gegen den Körper des **Kindes** selbst richten, die unzüchtige Handlung **an dem Körper des Kindes** vorgenommen werden, und das würde nicht angenommen werden können, wenn der Angekl. nur, **indem er mit seinem eigenen Körper** Unzucht trieb, seinen Samen dem Kinde über die Hand laufen ließ, den **Körper des Kindes** also nur insoweit bei seiner Tat in Mitleidenschaft zog (vgl. erk. Sen. v. 5. Febr. 1912 und v. 3. Jan. 1914, 1 D 41/12 und 1206/13, sowie des 4. StS. v. 31. März 1914: DStRZ. 1914 Sp. 533).

(1. Sen. v. 27. Mai 1927; 1 D 478/27.) [D.]

30. [§§ 180, 181 StGB. **Die Ehefrau hat die selbständige Pflicht, ein unzüchtiges Treiben in der ehelichen Wohnung nicht zu dulden.**]

Die Beschwerdeführerin hat in Kenntnis von dem unzüchtigen Treiben ihrer Tochter und der Zeugin R. in ihrer

---

heitlich nach § 73 zusammentreffen **können**. Auch der 2. Sen. scheint hier Tateinheit statt der grundsätzlichen Konsumtion des § 185 durch die unzüchtigen Angriffe nach § 176 nicht unter allen Umständen gelten lassen zu wollen. Aber jedenfalls ist seine schon vom 3. Sen. in RGSt. 46, 302 ausgearbeitete Konstruktion des Falles durchaus haltbar. Der unzüchtige Angriff ist nur teilweise aus § 176, 1 strafbar, teilweise nicht, insoweit aber jedenfalls aus § 185. Da der ganze Angriff mit Recht als einheitliche Tat angesehen wird, kann man tateinheitliches Zusammentreffen der §§ 176, 1 und 185 annehmen. Das RG. sollte nur den hier vertretenen Standpunkt betr. die Einheitlichkeit der Tat allgemeiner annehmen.

Geh. JR. Prof. Dr. W. **Mittermaier**, Gießen.

Zu 29. Die Entsch. stimmt mit der bisherigen Rspr. überein. Sie zeigt den starken Formalismus der Abgrenzung der Tat des § 176 Ziff. 3. Es sollte unter Zuziehung psychiatrischer Sachkundiger geprüft werden, welche Fälle für die Kinder besonders schädlich sind, und ebenso welche fast ausschließlich oder überhaupt nur von abnormen Zurechnungsunfähigen begangen werden. Danach müßte der Tatbestand gefaßt werden. — Der Entw. 1927 sagt in § 286 „ein Kind zur Unzucht mißbrauchen"; das soll sachlich nichts gegenüber § 176 Ziff. 3 ändern; aber der Wortlaut reicht doch sicher weiter und schließt Fälle wie den vorliegenden ein. Denn hier ist das Kind dem Täter das notwendige Mittel, damit er seine Lust befriedige; so „mißbraucht" er „das Kind", wenn auch nicht dessen Körper durch unmittelbare Berührung. Der Gesetzgeber will das freilich nicht, wie die Ablehnung der Strafdrohung gegen die Vornahme geschlechtlicher Handlungen **vor** Kindern durch die Begründungen der Entw. 1909 und 1919 beweist. Diese Motive halten allerdings nicht stich; so mit Recht **Wulffen**: Reform des StGB. 1910, 2, 135 u. **Kronecker**: Reform des Strafrechts 1926, 326. Diese Ausdehnung kennen der Schweizerische Entw. 1918, 166, der alte Österreichische und ihm folgend der Tschechoslowakische 258 und der GGE. 1911, 249. Die genaue psychiatrische Begutachtung des Falles fehlt aber immer noch. —

Der Hinweis der Entsch. auf eine etwaige Verurteilung wegen Beleidigung beweist erneut die Unhaltbarkeit dieser Auffassung: mag man selbst die Erniedrigung des Kindes objektiv annehmen, so fehlt es doch sicher an jedem Bewußtsein des Täters hierfür!

Geh. JR. Prof. Dr. W. **Mittermaier**, Gießen.

Wohnung geduldet, daß eine Anzahl junger Leute in ihrem Hause Zutritt erhielten und nachts mit den Mädchen in deren gemeinsamem Schlafzimmer geschlechtlich verkehrten. Die Annahme des Gerichts, daß die Angekl. — gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne handelnd — durch Gewährung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub geleistet, sie „gefördert“ habe, ist hiernach nicht zu beanstanden. Auch der Umstand, daß die Tochter der Angekl. damals bereits großjährig und selbständig war, änderte nichts an der ihr als Mutter und Hausfrau bei der Leitung des gemeinsamen Hauswesens obliegenden Pflicht, das Unzuchttreiben in ihrer Wohnung zu hindern und dafür Sorge zu tragen, daß der nächtliche Verkehr der jungen Leute in ihrer Wohnung, durch den der unzüchtige Verkehr ermöglicht, zum mindesten günstiger gestaltet wurde, unterblieb (vgl. RGSt. 30, 125; 40, 165 [166]), und zwar selbst dann, wenn ihr Ehemann mit dem Unzuchttreiben in der ehelichen Wohnung einverstanden war (GA. 43, 124; 53, 164).

(3. Sen. v. 7. April 1927; 3 D 206/27.) [A.]

31. [§ 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Zum Begriffe des „Publikums“.] †)

Der Begriff des Publikums deckt sich, wie das RG. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte wiederholt ausgesprochen hat, im Geltungsbereich des § 184 StGB. mit dem der Öffentlichkeit (RGSt. 34, 81; 38, 202). Eine Anpreisung richtet sich an das Publikum, wenn sie an eine Mehrheit unbestimmt welcher und wie vieler Personen, im Gegensatz zu bestimmten einzelnen Menschen oder zu einem durch gemeinsame Beziehungen irgendwelcher Art verbundenen und nach außen abgeschlossenen Personenkreis, erfolgt (RGSt. 40, 159; 46, 6 [10]; 55, 93). Von dieser Begriffsbestimmung geht auch das LG. aus. Es erachtet aber die hier in Frage kommende Versammlung der „Freien Arbeiter-Union“ für eine nach der politischen und sozialen Gesinnung und den hieraus sich ergebenden Interessen genau bestimmte und durch das gemeinsame Gesinnungs- und Interessenband begrenzte Personenmehrheit. Diese Annahme ist nicht frei von Rechtsirrtum. Es bedarf dabei keiner Erörterung, ob eine so abgegrenzte Personenmehrheit in Frage stände, wenn der Teilnehmerkreis sich auf die eingeschriebenen Mitglieder jener Ortsgruppe beschränkt hätte. Auch dann würde geprüft werden müssen, wie groß die Ortsgruppe nach der räumlichen Ausdehnung ihres Gebiets und nach der Zahl der Mitglieder ist, und ob nicht die Organisation eine so lose, der Erwerb und der Verlust der Mitgliedschaft an so geringe Voraussetzungen geknüpft und die Mitgliederzahl so wechselnd ist, daß von einem festgeschlossenen Personenkreise nicht gesprochen werden könnte (RGSt. 21, 254; 15, 274). Im vorliegenden Falle war die Teilnahme an der Versammlung nicht auf die Mitglieder beschränkt. Der erk. Sen. hat in seinem Urt. 1 D 609/25 v. 8. Jan. 1926 den Begriff des Publikums dadurch für erfüllt angesehen, daß zu einer Versammlung eines Gewerkschaftskartells auch den Angehörigen der Mitglieder Zutritt gewährt war. Hier ist die Öffentlichkeit eine noch größere gewesen. Denn in der Zeitungsanzeige, durch die zur Versammlung eingeladen war, war der Vermerk enthalten: „Gäste willkommen“. Mag nun hierbei der Veranstalter auch auf Mitglieder auswärtiger Ortsgruppen und auf einheimische, aber nicht organisierte Gesinnungsgenossen gerechnet haben, wie das LG. annimmt, und auch der Angekl. angenommen haben will, so ergab — zumal die Saalkontrolle sehr lässig gehandhabt wurde — die Gleichheit oder Ähnlichkeit der politischen Anschauung noch keinen durch wechselseitige Beziehungen in sich verbundenen und abgeschlossenen Kreis, die Öffentlichkeit war vielmehr kaum beschränkt (vgl. auch RGSt. 48, 61; 54, 89; 21, 256). Nach alledem ergeben die Feststellungen, daß die Anpreisung dem Publikum gegenüber erfolgt ist, da kein Anhalt dafür vorliegt, daß nur Mitglieder anwesend gewesen seien. Für die erneute Verhandlung ist darauf hinzuweisen, daß die allgemeine Bestimmung von Gegenständen zur Verhütung der Empfängnis auch die Bestimmung zur Verwendung beim außerehelichen Geschlechtsverkehr und damit zu unzüchtigem Gebrauche von selbst mit sich bringt (RGSt. 35, 277; 46, 6). Soweit Gegenstände in Betracht kommen, die ihrer Gattung nach in erster Linie und bestimmungsgemäß zur Förderung der Gesundheit dienen, sind sie nach der neueren Rspr. des RG. nicht als zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt anzusehen, mögen sie auch mißbräuchlich hierzu Verwendung finden. Weisen aber solche Gegenstände eine eigenartige Gestaltung auf, die ihre weitere Zweckbestimmung zu unzüchtigem Gebrauch, insbesondere zur Verhütung der Empfängnis besonders erkennbar macht, so unterfallen sie dem § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (vgl. Urt. des erk. Sen. 1 D 511/26 v. 25. Febr. 1927; Urt. 2 D 535/14 v. 9. Juni 1914 [LZ. 1914 Sp. 1858]; Urt. 1 D 382/15 v. 16. Sept. 1915 [LZ. 1916 Sp. 172]).

(1. Sen. v. 3. Mai 1927; 1 D 327/27.) [A.]

32. [§ 184 Nr. 3 StGB. Voraussetzungen für die Annahme, daß eine Vorrichtung zum Ausspülen der weiblichen Geschlechtsteile „zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt“ ist, i. S. des § 184 Nr. 3 StGB.] †)

Nach der älteren Rspr. des RG. ist ein Gegenstand i. S. des § 184 Nr. 3 StGB. „zu unzüchtigem Gebrauch be-

---

Zu 31. a) Die Ausführungen dieser Entsch. zum Begriff des Publikums decken sich mit dem Standpunkte, den das RG. von jeher immer gleichbleibend in dieser Frage eingenommen hat. „Eine Anpreisung richtet sich an das Publikum, wenn sie an eine Mehrheit unbestimmt welcher und wie vieler Personen, im Gegensatz zu bestimmten einzelnen Menschen oder zu einem durch gemeinsame Beziehungen irgendwelcher Art verbundenen und nach außen abgeschlossenen Personenkreis, erfolgt“ (RGSt. 55, 93). Auch das BayObLG. hat wiederholt dieser Rechtsansicht Geltung verschafft, insbes. bei Entsch. der nicht selten umstrittenen Frage, ob eine „öffentliche Tanzunterhaltung“ oder eine „geschlossene Gesellschaft“ vorliegt. „Entscheidend ist“ — so lesen wir in BayObLG. 12, 250 — „die Eröffnung der Zutrittsmöglichkeit für unbestimmt, welche und wie viele Personen. Darauf kommt es nicht an, ob auch von der Zutrittsmöglichkeit Gebrauch gemacht worden ist“. Daß im vorliegenden Falle der Vermerk „Gäste willkommen“ einem unbestimmt großen Kreis von Nichtmitgliedern die Zutrittsmöglichkeit zu der in Frage kommenden Versammlung eröffnet hat, kann nicht zweifelhaft sein.

In der Wissenschaft finden wir vereinzelt Stimmen, die der Auffassung des RG. entgegentreten und den Begriff „Publikum“ nur i. S. einer ungebunden und uneingeschränkt großen Öffentlichkeit ausgelegt wissen wollen. So nimmt z. B. Binding, Lehrb. 1, 217 an, daß die Ankündigung im Innern eines Barbier- oder Friseurgeschäfts nicht an einem dem Publikum zugänglichen Ort stattfinde. Dieser Ansicht, die Frank in seinem Komm. Anm. II zu § 184 mit einem Fragezeichen wiedergibt, kann nicht beigetreten werden. Binding verkennt das entscheidende Moment. Nicht darauf kommt es an, daß der Personenkreis nach irgendeiner Richtung eine Einschränkung erfährt, daß sich z. B. die Anpreisung nur an „verheiratete Frauen“ richtet (RGSt. 46, 6) oder daß sich die Ankündigung auf Fach- oder Berufskreise beschränkt (RG.: GoltdArch. 55, 309) oder daß nur der zahlende Kunde des Friseurs, nicht jeder beliebige Spaziergänger, die Anpreisung zu lesen bekommt. Die Einschränkung muß vielmehr in einem ganz bestimmten Punkte liegen: Nur wenn der Personenkreis dadurch beschränkt ist, daß seine Mitglieder durch gemeinsame Beziehungen irgendwelcher Art verbunden sind und unter diesem Gesichtspunkt „nach außen abgeschlossen“ erscheinen, nur dann liegt eine den Begriff des Publikums beseitigende Einschränkung vor. (Anders der Entwurf zum neuen RStGB., der in § 269 Abs. 1 den außerordentlich weit gehaltenen Begriff des „allgemein zugänglichen Ortes“ einführt!)

b) Der im letzten Absatz der obigen Entsch. vertretenen Rechtsansicht kann ich nicht beipflichten. Das RG. kann sich noch immer nicht — wenn auch ein gewisser Fortschritt nicht zu verkennen ist — von der eigenartigen Logik freimachen, als ob eine Anpreisung von Gegenständen, „die zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sind“, auch bei solchen Gegenständen bejaht werden müßte, die ebensogut zur Verwendung von Ehegatten beim ehelichen Geschlechtsverkehr, also zu einem nicht unzüchtigen Gebrauch bestimmt sein können. Der Umstand, daß ein Gegenstand auch zur Unzucht Verwendung finden kann, macht ihn noch nicht zu einem i. S. des § 184 Nr. 3 StGB. „zu unzüchtigem Gebrauche bestimmten“. Sonst würde jedes Bett, das aus der Schreinerwerkstätte kommt, unter diesen Paragraphen fallen. Die Zweckbestimmung muß eine absolute sein. Ihr Kriterium kann nicht in der bloß eventuellen Verwendung zur Unzucht liegen. (Vgl. auch Alsberg, GoltdArch. 61, 205 ff.)

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Zu 32. Die Frage ist viel umstritten. Die Schwierigkeit der Klarstellung des Begriffs der „zu unzüchtigem Gebrauch bestimm-

stimmt“, wenn er sich zu solchem Gebrauch vermöge seiner besonderen Beschaffenheit eignet und erfahrungsgemäß hierzu verwendet zu werden pflegt. Dies gilt insbes. für die zur Verhütung der Empfängnis geeigneten Mittel, da diese namentlich auch bei dem von der Rspr. als unzüchtig erachteten außerehelichen Geschlechtsverkehr verwendet zu werden pflegen und ihn fördern. Unerheblich ist, ob der Gegenstand vor, während oder unmittelbar nach dem Beischlaf anzuwenden ist, ob er ausschließlich dem unzüchtigen Zwecke dient oder außerdem auch zu anderen Zwecken verwendet werden kann, ob er bereits eingeführt ist oder erst eingeführt werden soll (vgl. RGSt. 34, 365; 46, 6 und 117; RG. v. 9. Febr. 1914, I 1178/13: GoltdArch. 62, 120). Würden diese Entsch. allein zugrunde gelegt, so könnte gar kein Zweifel darüber aufkommen, daß der „Universalspülapparat“, auf den sich der Einziehungsantrag bezieht, als ein zu unzüchtigem Gebrauch bestimmter Gegenstand i. S. des § 184 Nr. 3 StGB. zu erachten ist; denn nach den Feststellungen ist er im Hinblick auf seine besonderen Eigenschaften in besonderem Maß geeignet, nach dem geschlechtlichen Verkehr die Samenflüssigkeit wegzuspülen und damit die Folgen des Beischlafs zu beseitigen. Daß er außerdem auch zu Abtreibungs- und Reinigungszwecken geeignet ist, würde hieran nichts ändern. Der erörterte strenge Standpunkt hat nun allerdings in der neueren Rspr. eine Milderung erfahren. Hiernach ist ein Gegenstand, der seiner Gattung nach in erster Linie und bestimmungsgemäß zur Förderung der Gesundheit dient, nicht als ein zu unzüchtigem Gebrauch bestimmter Gegenstand anzusehen, mag er auch zu unzüchtigen Zwecken verwendbar sein und mißbräuchlich vielfach hierzu verwendet werden (RG.: JW. 1914, 367 Nr. 9; 5. Mai 1914, II 272/14; 9. Juni 1914, II 535/14: LZ. 1914 Sp. 1858 Nr. 14; 19. Dez. 1914, III 962/14; 31. Mai 1915, III 248/15: LZ. 1915 Sp. 983 Nr. 49; 5. Jan. 1923, IV 512/22: RGSt. 57, 175). Wenn aber ein zur Reinigung der weiblichen Geschlechtsorgane und damit zur Gesundheitspflege verwendbarer und auch vielfach verwendeter Gegenstand gegenüber anderen, dem gleichen Zweck im gleichen Maß dienenden Gegenständen eine eigenartige Gestaltung aufweist, die seine weitere Zweckbestimmung zu unzüchtigem Gebrauch, insbes. zur Verhütung der Empfängnis besonders erkennbar macht, dann bleibt § 184 Nr. 3 StGB. auch nach der neueren Rspr. anwendbar (vgl. die oben angeführten Entsch. v. 5. Mai und 9. Juni 1914; ferner RGSt.: LZ. 1916 Sp. 172 Nr. 20). Die festgestellten besonderen Eigenschaften des „Universalspülapparates“ — die ungewöhnlich lange, bis zum Gebärmuttermund reichende Spitze und die Vorrichtungen zur Erzeugung von Überdruck — sowie die hieraus sich ergebende besondere Eignung zur Beseitigung der Folgen des Beischlafs — legen die Annahme nahe, daß bei diesem Apparat die zuletzt erwähnten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 184 Nr. 3 StGB. gegeben sind. Dies wird nicht widerlegt durch den Hinweis auf die Hasselsche Spülbirne, da diese nicht geschildert ist und es infolgedessen nicht beurteilt werden kann, ob sie sich nicht gerade in jenen

---

ten Gegenstände“ ist nicht zu verkennen. Die Entstehung der Norm ist nicht zu benützen; die Begründung ist kurz und nichtssagend. Namentlich ist nicht zu erkennen, warum man hier nicht „unzüchtige Gegenstände“ sagte. Der Schweizer Entw. 1918 sagt in Art. 179 „unzüchtige Gegenstände“; allerdings weiß man nicht, was er damit meint. Der neue Tschechoslowakische Entw. sagt in § 268: „wer ... Sachen, die geeignet sind, das Schamgefühl gröblich zu verletzen, verkauft ...“ Ob darunter die in unserem § 184 Ziff. 3 genannten Gegenstände fallen, ist nicht zu ersehen; die Begründung schweigt. Der Dänische Entw. 1923 § 215 sagt wie der Schweizer „unzüchtige Gegenstände“. Da aber angenommen werden darf, daß diese Bezeichnung die gleichen Sachen treffen soll wie unser § 184 Ziff. 3, so folgere ich, daß wir aus dem Unterschied der Ausdrücke in den verschiedenen Ziffern des § 184 nichts entnehmen können. Übrigens halte ich die deutsche Bezeichnung für die bessere, denn ein Gegenstand ist nie an sich „unzüchtig“. — Ich lehne es ab, den Ausdruck zu pressen, und kann nicht einsehen, warum nur die bei einem unzüchtigen Akt unmittelbar verwendeten Gegenstände hierher zählen sollen, denn die Unzucht liegt doch nicht allein in dem kurzen Geschlechtsakt. Aus diesem Grund Sachen, die nach dem Akt angewendet werden, auszuschließen, erscheint mir sinnwidrig.

Die engste Auffassung müßte sagen, daß nur die Gegenstände hierher gehören, die man unmittelbar beim unzüchtigen Akt gebraucht. Diese dem Wortlaut am besten angepaßte Auffassung trifft allerdings heute praktisch insofern das Richtige, als heute praktisch alle anderen Gegenstände, die von Menschen benützt werden, wenn sie Unzucht treiben, aus anderen Gründen nicht hier gemeint sein dürfen. Aber die Entwicklung mag auch Gegenstände schaffen, die vor oder nach dem eigentlichen Unzuchtsakt benützt werden, diesen aber physisch fördern; dann müssen sie hier mitgetroffen sein. Die ganz offenbar vom RG. vertretene Auffassung geht dahin, daß alles, was den Unzuchtsverkehr erleichtert und fördert und in einem nahen körperlichen Zusammenhang damit steht, hierherzählt. Das deckt der Wortlaut sicher nicht; aber es ergibt allerdings einen klaren Sinn; das RG. will die Unzucht hemmen und sagt, daß die Bestimmung der Ziff. 3 so zu verstehen sei. Das widerspricht nun der Entstehungsgeschichte, bei der der Schutz des öffentl. Anstands gegen „widerwärtige Erscheinungen“ beabsichtigt war. Und die Auffassung des RG. ist bedenklich, da sie dem Strafrecht eine unerfüllbare Aufgabe zuweist und außerdem notwendig zu einer viel zu weiten Ausdehnung des Begriffs führt.

Den größten und bedenklichsten Fehler begeht das RG., indem es ohne viel Besinnen den außerehelichen Geschlechtsverkehr mit „Unzucht“ gleichsetzt, also alles, was dem außerehelichen Verkehr dient, herzählt. So kommt das RG. folgerecht, aber weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Bestimmung und sicher nicht einer praktisch brauchbaren Anschauung entsprechend, zu seiner Grundauffassung, daß auch Gegenstände, die die Ansteckung oder die Empfängnis verhüten sollen, hierher zählen; das ist sicher, daß sie den außerehelichen Verkehr stark fördern. Aber hier darf man wohl ohne Übertreibung das Wort „weltfremd“ gebrauchen. Ich will eine Anschauung, die grundsätzlich jeden außerehelichen Verkehr verurteilt, nicht angreifen; sie ist aber praktisch heute so unhaltbar, daß ein ruhiger Beobachter des menschlichen Lebens sie glatt ablehnen muß. Daß sie im offenen Widerspruch zu der Anerkennung der unehelichen Kinder durch die Verfassung steht, sei nur nebenbei bemerkt. Freilich fragt dann das RG., was wir unter Unzucht verstehen sollen. Das scheint mir aber nicht schwer zu beantworten: alles, was der anerkannten Zucht, d. h. der allgemein als richtig angesehenen Auffassung über das, was im Geschlechtsverkehr sittlich erlaubt ist, zuwiderläuft. Dabei dürfen nicht einmal die beliebten und die heute so wichtigen gesundheitlichen Betrachtungen hereinspielen. Diesen Weg geht auch Alsberg, Arch. f. Strafr. 61, 205 ff.; nur daß er den Begriff Unzucht nicht allgemein genug und nicht sicher genug, sondern etwas hypothetisch beschreibt; aber grundsätzlich richtig ist seine Auffassung. Er zeigt gut, daß wir damit auch nicht in die vom RG. gar nicht zu vermeidende Sackgasse geraten, daß viele Gegenstände verpönt werden, die mindestens ebenso dem ehelichen wie dem außerehelichen Geschlechtsverkehr dienen. Das RG. straft ja selbst dann, wenn diese Gegenstände nur zum Zweck des ehelichen Verkehrs vertrieben werden, was sich allerdings mit seiner Grundauffassung verträgt, aber sicher höchst unpraktisch ist.

Nun hat das RG. selbst schon den Weg gewiesen, der zu einer praktisch brauchbaren Rechtspr. führen könnte, den das RG. aber nur zu einem Viertel geht. Gerade die hier vorl. Entsch. hebt die allmählich herausgearbeitete Anschauung schärfer hervor, als bisher geschehen und z. B. auch im LeipzKomm. zu erkennen ist. Wenn das Mittel gattungsgemäß der Gesundheit dienen soll, dann zählt es nicht hierher, auch wenn es die Unzucht fördern kann. (Ich bemerke hier nur anmerkungsweise, daß nicht wenig Mediziner alle der Reinigung, also der Gesundheit dienenden Apparate, die Spülapparate, für mindestens überflüssig, vielfach sogar allgemein für gefährlich erklären.) Damit hat das RG. durchaus den Grundgedanken angewendet, den es auch sonst anerkennt, daß ein überwiegendes Interesse der an sich möglichen Normanwendung Einhalt bietet. Dieser Gedanke muß mindestens auf die Ansteckung verhütenden Gegenstände angewendet werden. Daß bei ihnen ein weit überwiegendes Interesse die Ausnahme kategorisch verlangt, ist allgemeine Auffassung. Schwieriger ist das mit den Empfängnis verhütenden. Denn hier spielen schwer angreifbare Weltanschauungen mit. Aber auch bei ihnen sollte nüchterne soziale Überlegung zu einer Freigabe wegen überwiegend nützlicher Bestimmung der Gegenstände führen. Mit diesem dem RG. geläufigen Gedanken hätte die Rechtspr. längst zu einer praktischen werden können, selbst vom falschen Ausgangspunkt des RG. aus.

Nun ändert sich die Frage v. 1. Okt. d. J. ab erheblich! Denn § 16 d. Ges. z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927 fügt dem § 184 StGB. die Ziff. 3a an: „Wer in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten dienen, öffentlich ankündigt, anpreist oder solche Mittel oder Gegenstände an einem dem Publikum zugänglichen Ort ausstellt.“ Die Bestimmung ist gut gemeint; sie macht aber der Rspr. ihre Aufgabe nicht eben leicht. Sie nennt nicht die Empfängnis verhütenden Mittel, die im AE. 1925 im § 270 (ReichstagsE. § 302) genannt sind, während sonst dieser Paragraph für die neue Bestimmung genaues Vorbild war. Das Ges. v. 18. Febr. 1927 hatte ja dazu keinen Anlaß! Aber es bedenkt nicht, daß die allermeisten Mittel zur Verhütung der Ansteckung zugleich die Empfängnis hin-

wesentlichen Beziehungen vom „Universalspülapparat" unterscheidet, oder, falls dies nicht der Fall sein sollte, ob sie nicht selbst unter § 184 Nr. 3 StGB. fällt. Daß die erwähnten besonderen Eigenschaften den Apparat nicht nur zur Verhütung der Empfängnis, sondern auch zur Abtreibung besonders geeignet erscheinen lassen, ist auf die Anwendbarkeit des § 184 Nr. 3 StGB. ohne Einfluß.

(1. Sen. v. 25. Febr. 1927; 1 D 511/26.) [A.]

33. [§ 185 StGB. Auch in einer an sich nicht ehrverletzenden Äußerung kann nach den besonderen Umständen des Falles eine Beleidigung gefunden werden.]

Was die Veranstalter mit der Musik, mit dem Gesange und mit dem Hissen der Fahne bezweckten, hat der Tatrichter festzustellen. Ohne Rechtsirrtum folgert die StK. aus den gesamten Umständen des Falles, daß diese Kundgebungen den Zweck verfolgten, den Oberlandjäger M. zu verhöhnen und ihn in seiner Ehre zu kränken und herabzusetzen. Dessen seien sich die Angekl. auch bewußt gewesen. Die Revisionsangriffe gehen fehl. Die Behauptung, daß die gehißte Flagge der Freude des Angekl. darüber Ausdruck geben sollte, daß sein alter Widersacher endlich den Ort verlassen würde, schließt die Annahme einer bewußten Ehrenkränkung nicht aus. Nach den Urteilsfeststellungen wurde mit der Musik kurz vor dem Bahnhof begonnen und ihre Fortsetzung nach einigen Paukenschlägen nur durch das Verbot eines Polizeibeamten verhindert. Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn die StK. in diesem Beginnen nicht lediglich den straflosen Versuch einer Beleidigung erblickt. Was das Absingen des Liedes „Muß i' denn" betrifft, so übersieht die Rev., daß eine Beleidigung auch in einer an sich nicht ehrverletzenden Äußerung gefunden werden kann, wenn sie in der Absicht, die Verachtung, Verhöhnung oder Geringschätzung eines anderen zu erkennen zu geben, in einer Weise oder unter Verhältnissen kundgegeben wurde, daß dem Betroffenen jener Zweck der Kundgabe verständlich wurde (RGSt. I, 390). Diese Voraussetzung ist hier bedenkenfrei festgestellt. Die „erkennbare Ironie" steht der Annahme eines beleidigenden Charakters der gesanglichen Veranstaltung nicht entgegen.

(2. Sen. v. 4. April 1927; 2 D 84/27.) [A.]

34. [§ 193 StGB. Die Lauscherrolle schließt den Willen, berechtigte Interessen wahrzunehmen, nicht aus. „Form" und „Umstände" i. S. des § 193 StGB.]

Der Beschwerdeführer hat unbefugt eine Unterhaltung des Nebenklägers mit anderen Personen über die Tätigkeit des Schulvorstandes, zu dem der Beschwerdeführer und der Zeuge Sch. gehören, belauscht. Er will dabei eine — tatsächlich nicht gefallene — Äußerung des Nebenklägers, die sich auf ihn und Sch. bezog, gehört und sie mit dem Ausruf, der zu seiner Verurteilung aus § 185 StGB. geführt hat: „Es ist denn aber bald genug, Leute so durch den Kakao zu ziehen", erwidert haben. Die Äußerung des Nebenklägers soll gelautet haben: „Glauben Sie mir, die Kunden werde ich schon kriegen." Mit dem SchöffG. geht anscheinend auch die StK. davon aus, daß der Angekl. insoweit falsch gehört hat. Jedenfalls stellt sie nicht fest, daß er nur vorgebe, jene Bemerkung gehört zu haben; im Gegenteil legt sie seine Äußerung i. S. einer Abwehr aus und beurteilt sie an anderer Stelle als das Maß „billiger Kritik" überschreitend. 1. Rechtlich bedenkenfrei geht das LG. davon aus, daß es nach § 59 StGB. zur Anwendung des § 193 StGB. an sich schon genügen würde, wenn der Beschwerdeführer dessen Voraussetzungen irrig für gegeben gehalten hätte. Das LG. hätte daher in gleicher Weise, wie es die Kundgebung des Angekl. nach Sinn und Inhalt festgestellt hat, prüfen müssen, ob und in welchem Sinne jene vermeintliche Äußerung des Nebenklägers vom Standpunkte des Beschwerdeführers als beleidigender Angriff auf den Schulvorstand aufzufassen war. Denn davon hing in erster Linie ab, ob und welche Abwehr der Angekl. verständigerweise für geboten halten und somit beabsichtigt haben konnte. Ohne erschöpfende Aufklärung des Sachverhalts nach dieser Richtung den Abwehrwillen des Angeklagten, wie es die StK. tut, schlechthin zu verneinen, ist rechtlich um so bedenklicher, als die Äußerung des Beschwerdeführers sich unverkennbar als Abwehr darstellt und von der StK. selbst in diesem Sinne ausgelegt wird. 2. Nach der Meinung der StK. kann der Angekl. nicht mit dem Willen der Interessenwahrung gehandelt haben, weil einmal solche Interessen nicht festgestellt seien und ferner seine Rolle als „Lauscher an der Wand" den Willen der Interessenwahrung ausschließe. Diese Ausführung ergibt, daß die StK. die rechtliche Bedeutung der Verteidigung des Angekl. nicht richtig gewürdigt und den Begriff der Wahrnehmung berechtigter Interessen verkannt hat. Die Lauscherrolle war die notwendige Bedingung dafür, daß der Beschwerdeführer die angebliche Beleidigung des Schulvorstandes durch den Nebenkläger wahrnahm, und daß daraus für ihn das behauptete Abwehrinteresse sowie sein Abwehrwille erwuchs. Sie kann also nicht der Grund für das Nichtvorhandensein dieses Willens sein, diesen Willen nicht widerlegen. Das Nichtvorhandensein eines Abwehrinteresses aber setzte voraus entweder, daß der Beschwerdeführer die angeblich kränkende Bemerkung des Nebenklägers gehört zu haben nur fälschlich vorgab, oder aber, daß diese Bemerkung keine ihn näher berührende Kränkung enthielt. Beides ist nicht nur nicht festgestellt, sondern die StK. geht unverkennbar davon aus, daß dem Angekl. seine Behauptung, jene Äußerung gehört zu haben, nicht widerlegt worden sei, und daß er in Abwehr einer von ihm darin gefundenen Beleidigung — freilich unter Überschreitung des zulässigen Maßes der Verteidigung — gehandelt habe. 3. Bei der Annahme der Überschreitung dieses nach § 193 StGB. zulässigen Maßes verkennt die StK. den Begriff der „Form" i. S. jener Vorschrift. Zunächst ersetzt sie in willkürlicher Weise den vom Beschwerdeführer gebrauchten Ausdruck „durch den Kakao ziehen" in ihren Ausführungen wiederholt durch die Wendung „durch Kot und Dreck ziehen", daß es sich bei der Ersetzung eines bildlichen Ausdrucks durch ein ganz anderes Bild nicht um eine Tätigkeit richterlicher „Auslegung" handelt, bedarf keiner Darlegung. Die Auslegung der vom Angekl. gebrauchten Worte, d. h. die Ermittlung ihres sachlichen Sinns und Inhalts hat die StK. überdies anderweit gegeben durch die Feststellung, die Wendung enthalte den Vorwurf „ungerechtfertigter und gewissenloser Kränkung fremder Ehre". Damit ist — die Richtigkeit dieser Auslegung vorausgesetzt, die hier nicht nachgeprüft werden kann — an die Stelle des Bildes etwas Identisches gesetzt. Diese Tätigkeit lag auf dem Gebiete der Auslegung. Die bildliche Vorstellung des „Durch-Kakao-Ziehens" ist dagegen mit der des „Durch-Kot-und-Dreck-Ziehens" nicht identisch; sie legt auch deshalb nichts aus. Auszugehen war hiernach bei der Beurteilung, ob aus der Form der Äußerung die Beleidigung hervorgehe, nicht von dem Bilde „durch Dreck und Kot ziehen", sondern von dem vom Beschwerdeführer gebrauchten Ausdruck und dessen festgestellter Bedeutung. Ob der Angekl. mit ihm den Rahmen berechtigter Interessenwahrung überschritten habe, hing davon ab, was er zur Wahrung jener Interessen sagen durfte und mußte. Nur wenn er dies — von seinem Standpunkte aus und bei Berücksichtigung seiner Persönlichkeit — ohne Verkürzung der zu wahrenden

dern. Eine formalistische Rechtspr. könnte nun danach fragen, ob das Mittel „gattungsgemäß" in erster Linie die Ansteckung oder die Empfängnis verhüten soll, um danach das Mittel zur Ziff. 3 oder 3a zu rechnen! Und die rein die Empfängnis verhütenden Gegenstände bleiben nach der Rechtspr. des RG. grundsätzlich bei der Ziff. 3. Diese Grundanschauung ist aber nach dem neuen Gesetz durchaus nicht selbstverständlich. Denn es ist nicht ohne weiteres klar, daß das Ges. v. 18. Febr. 1927 die Ansteckung verhütenden Mittel an sich zu den unzüchtigen rechnet, aber gesondert behandelt wissen will. Man kann auch sagen, daß es sie als etwas anderes ansieht. Und wenn das für die Ansteckung verhütenden Mittel gilt, muß es ebenso für die Empfängnis verhütenden gelten. Damit wäre die bisherige Rechtspr. des RG. völlig umgeworfen. Ich möchte allerdings annehmen, daß praktisch alle die Ansteckung verhütenden Mittel, auch die zugleich antikonzeptionell wirkenden unter Ziff. 3a fallen. — In der neuen Bestimmung ist es zweifelhaft, ob sich die Worte „in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" auch auf das Ausstellen beziehen: ich nehme es sinngemäß an (vgl. Mittermaier, Arch. f. Kriminologie 73, 195 ff.).

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Interessen in weniger scharfer oder kränkender Art hätte zum Ausdruck bringen können, verletzte er i. S. des § 193 StGB. durch die „Form“. Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, ist das Vorliegen dieser Voraussetzung vom Tatrichter nachzuweisen. Daran fehlt es hier, und zwar schon um deswillen, weil die StK. überhaupt nicht darauf eingegangen ist, welches Interesse für den Angekl. auf dem Spiele stand, nämlich inwieweit er in der — wie die Kundgebung des Beschwerdeführers auslegungsbedürftigen — angeblichen Äußerung des Nebenklägers eine Kränkung seiner oder Sch.s oder des Schulvorstands Ehre gefunden hatte und hatte finden können. 4. Die StK. verkennt ferner den Begriff des „Umstandes“ i. S. des § 193 StGB., indem sie die Tatsache, daß der Beschwerdeführer durch seine Lauschertätigkeit zur Anhörung der vermeintlichen Kränkung seitens des Nebenklägers gelangt war, als Umstand solcher Art bewertet. Sie legt — wie schon bei der Erörterung des Willens zur Interessenwahrung — diesem Gebaren des Angekl. eine rechtliche Bedeutung bei, die dazu führen würde, daß der „Lauscher an der Wand“ Angriffen gegenüber, die er in dieser Lage erleidet, niemals den Schutz des § 193 StGB. in Anspruch nehmen könnte, weil ihm sowohl der Wille zu berechtigter Interessenwahrung abzusprechen als auch entgegenzuhalten sei, daß seine Kundgebungen schon wegen seiner Lage über das zulässige Maß etwaiger Interessenwahrung hinausgingen. Der begriffliche Fehler der StK. liegt darin, daß sie die äußeren Begleitumstände der Kundgebung mit der Art und sittlichen Bewertung ihrer Herbeiführung verwechselt. Die Tatsachen, die als Voraussetzung der Beleidigung diese erst bedingen sowie ihre sittliche Bewertung kommen als Begleitumstände i. S. des § 193 StGB. überhaupt nicht in Betracht. Die Umstände aber, unter denen der Beschwerdeführer seine Äußerung tat, bestehen darin, daß er, nachdem er in der geöffneten Tür zu einer fremden Wohnung eine darin geführte und für ihn nicht bestimmte Unterhaltung mit angehört hatte, sich darin einmischte. Dieser Zustand konnte aus sittlich verwerflichem oder einwandfreiem Beweggrund herbeigeführt sein, ohne daß an den äußeren Umständen des Vorganges dadurch etwas geändert wurde. Inwiefern aber letztere der schon als Vorwurf gewissenloser Ehrabschneidung gewerteten Äußerung des Beschwerdeführers darüber hinaus noch eine „derartige Verschärfung“ verleihen soll, daß der Schluß gerechtfertigt sei, sie sei nur in Beleidigungsabsicht gebraucht worden, ist nicht ersichtlich, jedenfalls von der StK. in keiner Weise verständlich nachgewiesen, auch nicht durch die bloße Wiederholung eines aus RGSt. 34, 80 entnommenen Satzes, der auf den hier festgestellten Sachverhalt nicht paßt.

(3. Sen. v. 3. März 1927; 3 D 1016/26.) [A.]

35. [§ 193 StGB. Im Falle verleumderischer Beleidigung genießt der Täter nicht unbedingt den Schutz des § 193 StGB.]†)

Der Angekl. hat, als er in einem gegen ihn schwebenden Strafverfahren wegen Betruges von dem Kriminalassistenten W. vernommen werden sollte, die Abgabe einer Erklärung verweigert mit der wissentlich unwahren Behauptung, W. habe als sein politischer Gegner ein Protokoll über die Aussage seiner — des Angekl. — Ehefrau verfälscht. Der Angekl. wußte, daß die von ihm behauptete, den Zeugen W. verächtlich zu machen geeignete Tatsache der Wahrheit nicht entsprach, er machte sich daher einer verleumderischen Beleidigung i. S. § 187 StGB. schuldig. Mit Recht hat die StK. dem Beschwerdeführer den Schutz des § 193 StGB. versagt. Zweifellos war der Angekl. berechtigt, sich mit allen zulässigen Mitteln gegen den Vorwurf eines ihm zur Last gelegten Betruges zu verteidigen. Das RG. hat sogar unter solchen Umständen die Anwendung des § 193 StGB. beim Vorliegen einer verleumderischen Beleidigung nicht grundsätzlich für ausgeschlossen erklärt (RGSt. 5, 56). Es hat jedoch stets daran festgehalten, daß niemandem unbedingt und unter allen Umständen das Recht zugebilligt werden könne, zum Zwecke seiner Verteidigung wissentlich unwahre ehrverletzende bezüglich eines Dritten aufzustellen (RGSt. 42, 441), und eine solche Art der Verteidigung nur dann als berechtigt zuzulassen, wenn es sich dabei um ein sachliches Leugnen von Tatsachen handelte, die gegen den Verleumder in einem wider ihn anhängigen Strafverfahren als belastende Umstände verwertet werden sollten. Dabei hat es aber ausgesprochen, daß eine Überschreitung der Grenzen eines rechtlich geschützten Verteidigungsinteresses jedenfalls dann vorliege, wenn ein Beschuldigter in der Absicht, sich der Bestrafung zu entziehen, den Tatbestand dadurch zu verdunkeln bestrebt sein sollte, daß er in Beziehung auf eine andere Person wider besseres Wissen ehrenkränkende Behauptungen aufstellte (RGSt. 48, 414). Zu einem angriffsweisen Vorgehen gegen die Ehre eines anderen über ein bloßes Leugnen hinaus, zur Erfindung lügnerischer Beschuldigungen, die nur den Zweck verfolgen, einen zur Mitwirkung an der Ermittelung strafbarer Handlungen berufenen Beamten an der Ausübung seines Amtes zu verhindern, kann und will die Strafrechtsordnung niemandem ein Recht gewähren. Da im vorliegenden Falle der Angekl. mit seinem Vorbringen nur ein solches, „dem Recht und der Sitte widersprechendes Interesse“ verfolgte, so ist ihm mit Recht der Schutz des § 193 StGB. versagt worden.

(3. Sen. v. 9. Mai 1927; 3 D 35/27.) [A.]

36. [§§ 211, 212 StGB. Zum Begriff der Überlegung. Unterscheidung zwischen der Affektbereitschaft und der Affektauslösung oder -steigerung.]†)

Das Schwurgericht hat mit Recht zwischen der beim Angeklagten vorhandenen Affektbereitschaft und einer aus dieser Bereitschaft heraus erklärbaren, die Überlegung ausschaltenden Affektauslösung oder -steigerung unterschieden. Es war sich hierbei wohl bewußt, daß die Frage, ob eine die Überlegung ausschaltende Affektsteigerung vorlag, für den Zeitpunkt der Ausführung der Tat zu prüfen ist, und verwertete die Vorgänge vor der Tat lediglich als Beweisanzeichen. Daraus, daß der Angekl. den Gedanken, Frau A. zu töten, monatelang mit sich herumtrug, daß er ihn zu einem nach Zeit, Ort und Art der Ausführung bestimmten Plan heranreifen ließ, daß er hierbei mit der ihm drohenden

---

Zu 35. Die Frage, ob der § 193 auch unter Umständen die Verleumdung decke, ist eine vielfach verschieden beantwortete. Mit Rücksicht darauf, daß § 187 vor dem § 193 steht, hat das RG. in einer Reihe von Urt., die am vollständigsten bei Ebermayer, RGRKomm., aufgezählt sind, die Ansicht ausgesprochen, daß unter Umständen auch die Verleumdung ein berechtigtes Mittel der Wahrnehmung berechtigter Interessen sein kann. Es hat freilich die Möglichkeit nach den verschiedensten Richtungen hin beschränkt, immerhin aber nicht ganz geleugnet. Ich habe in Übereinstimmung mit Binding, Hälschner, Kohler und Engelhard, der diesen Standpunkt sehr eingehend begründet hat, diese Auffassung für unrichtig gehalten, und in der VD. 4, 412 meinerseits das zu begründen gesucht. Die Entwürfe zu einem neuen StGB. haben sämtlich die heutige Auffassung des RG. verworfen (VE. § 263; GE. § 284; KE. § 346; E. 1919 § 346; AE. 25 § 287), und zwar durch das einfache Mittel, daß sie die Verleumdung hinter den betr. Paragraphen stellten. Zu AE. 27 § 319 sagt die Begründung S. 160: „Daß sich die Vorschrift über die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht wie bisher auf die Verleumdung erstreckt, ergibt sich aus der Anordnung der Vorschriften.“

Geh. Hofrat Prof. Dr. v. Lilienthal, Heidelberg.

Zu 36. Den oben mitgeteilten Entscheidungsgründen ist als Sachverhalt, wie er in dem angefochtenen Urteil festgestellt gewesen sein muß, folgendes zu entnehmen. Der Angekl. hatte sich aus Rache gegen eine Frau A. monatelang mit dem Plane getragen, sie zu töten. Er hatte den Plan nach allen Richtungen erwogen, war sich dabei über Zeit, Ort und Art der Ausführung völlig klar geworden und ließ Gegenvorstellungen, die ihn von dem Plane hätten abbringen können, so auch den Gedanken an die schwere Strafe, die ihn bei der Entdeckung erwartete, nicht zur Herrschaft kommen. Innerlich zwar erregt, äußerlich aber ruhig und zweckmäßig handelnd schritt er „mit Überlegung“ zur Ausführung der Tat, die indessen mißlang. Ärgerlich hierüber erblickte der Angekl. plötzlich die davoneilende Frau S., die ihm ebenfalls verhaßt war, und die, wie er meinte, ihm ein Schimpfwort zugerufen hatte. Im unmittelbaren Anschluß an den Mordversuch gegenüber der A. begeht er einen vollendeten Totschlag an der S.

Die Revision findet in dem Schwurgerichtsurteil einen inneren Widerspruch, insofern es die Überlegung des Täters bei seiner Handlung gegenüber der A. bejahe, der S. gegenüber aber verneine. Das in der Schreibweise modernster Psychologie begründete Schwurgerichtsurteil stellt auf seiten des Angekl. eine bei dem Mordversuch vorhandene Affektbereitschaft fest, die nach dem Scheitern des

schweren Strafe rechnete, aber gleichwohl seine Rache haben wollte, und daß er dann bei der Ausführung — zwar mit Zeichen innerer Erregung, aber äußerlich ruhig und zweckmäßig handelnd — ganz nach jenem Plan verfuhr, konnte das Schwurgericht ohne Rechtsirrtum folgern, daß er bei der Ausführung mit Überlegung, d. h. mit hinreichend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zwecks gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des Erfolgs erforderliche Tätigkeit handelte. Nicht durchschlagend ist nach Lage des Falls der Hinweis auf den Mangel an Reue, da der Angekl. auch über die im Affekt verübte Tötung der Frau Sch. keine Reue zeigte. Es bedurfte aber dieses Beweisanzeichens nicht mehr, um das Vorhandensein der Überlegung nachzuweisen. Unbegründet ist die Behauptung der Rev., daß die Bejahung der Überlegung bei dem Tötungsversuch an der Frau A. und ihre Verneinung bei der Tötung der Frau Sch. einen inneren Widerspruch enthalten. Das Schwurgericht hat angenommen, daß nach der Begehung des Mordversuchs ein die Überlegung ausschaltender Affekt ausgelöst worden sei durch den Ärger über das Mißlingen seines Planes gegenüber der Frau A., durch das plötzliche

---

Mordplans einen tatsächlichen Affekt ausgelöst und dabei die früher vorhanden gewesene Überlegung des Täters ausgeschaltet habe. Das RG. weist die Revision zu Recht mit der Begründung zurück, daß die Bejahung der Überlegung im ersten und ihre Verneinung im zweiten Falle eine reine Tatfrage war. Eine rechtsirrige Erwägung hat bei der Beantwortung dieser Tatfrage offensichtlich nicht mitgespielt.

Ich habe schon bei der Besprechung der JW. 1925, 1495 abgedruckten RGEntscheidungen ausführlich dargelegt, daß dem Willensentschluß vorangeht ein Stadium der Überlegung, in dem die verschiedensten Denkoperationen Platz greifen und die kontrastierenden Beweggründe gegeneinander abgewogen werden. Mag im einzelnen Falle das Vernunftdenken oft auch nur eine ganz geringe Rolle spielen, ohne Anstrengung des Vorstellungsvermögens, ohne Überlegung kann es nicht zu einem vom Wissen durchleuchteten Willensakte, nicht zu einem vorsätzlichen Delikte kommen. Aber über den bereits mehr oder weniger mit Überlegungspartikeln angefüllten Vorsatz hinaus fordert § 211 noch die „Überlegung bei Ausführung der Tat“. Diese Überlegung hat keine andere Natur als die dem Vorsatzbegriff eigene. Dem entspricht es, daß die zu diesem Überlegungsbegriff von der Wissenschaft gegebenen Bestimmungen (vgl. diese bei Schwartz, StGB. S. 476 und ebenso RGSt. 42, 360) ungefähr dieselben Darlegungen enthalten, wie sie die Vorsatzdefinitionen zeigen. Es ist unverständlich, wie Schwartz (a. a. O. S. 188) der gebräuchlichen Dolusdefinition als dem „Wissen und Wollen“ der gesetzlichen Merkmale des objektiven Tatbestands beipflichten, danach aber den Satz aufstellen kann: „Das Dasein dieses die Tat bestimmenden Willens ist das allein Wesentliche, allein Entscheidende des Begriffs.“ Nur als Folge dieser abzulehnenden Dolusauffassung kommt dann Schwartz bei Behandlung des Mordbegriffs (S. 476) zu der Ansicht, daß die zu § 211 gehörige „Überlegung“ als ein Akt der Verstandestätigkeit etwas von dem Dolus Verschiedenes sei.

Genau wie bei den Vorsatzdefinitionen wird je nach dem Standpunkte des Autors zu dem Theorienstreit auch bei dem Überlegungsbegriffe des § 211 das Hauptgewicht bald auf die Willens-, bald auf die Verstandesseite gelegt. Selbst wenn man nicht Anhänger der Willenstheorie ist — jetzt ist der ganze Streit als ein rein terminologischer erkannt und als beigelegt zu erachten —, wird man geneigt sein, bei der „Überlegung“ des § 211 den Hauptwert auf das Willenselement zu legen. Nicht das ist das Wesentliche, daß der Täter bei der Ausführung ein besonders gutes Funktionieren seiner Verstandeskräfte zeigt. Die Durchführung des verbrecherischen Entschlusses kann sich sogar als ein Akt besonderer Dummheit, als törichte Auswahl des unbequemsten Begehungsmittels, als leichtsinniges Heraufbeschwören der Entdeckungsgefahr usw. erweisen. Darauf kommt es vielmehr vor allem an, daß der Täter bei der Ausführung noch uneingeschränkter Herrscher seines Willens ist. Wennschon die inneren Erwägungen über das Ob dem Willensentschluß vorausgegangen, also bereits zu einem gewissen Abschluß gelangt sein müssen, noch ehe mit der Verwirklichung des Plans begonnen wurde, so können doch bei der Ausführung des Willensentschlusses jederzeit Umstände eintreten, die den Täter zu einer erneuten Prüfung des Ob veranlassen (Bitte des Opfers um Gnade, Hinweis auf frühere Wohltaten, Wahrnehmung herannahender Hilfe, Versagen des Gewehrs u. dgl.). Es ist daher zutreffend, wenn die herrschende Meinung (so Frank, StGB. 17. Aufl. S. 442) als „Überlegung“ diejenige geistige Beschaffenheit bezeichnet, bei der sich der Täter der von der Handlung abhaltenden Motive bewußt ist und sie gegen die ihn zur Handlung drängenden Motive abwägt. Daß neben der Willensenergie auch das Bewußtsein wach sein muß, kommt in dieser Definition genügend zum Ausdruck.

Gemeinhin werden auch bei der gewöhnlichen vorsätzlichen Handlung die sie vorbereitenden und so zum Verbrechensentschluß führenden Verstandes- und Willenskräfte noch im Zeitpunkt der Ausführung fortbestehen. Allein es ist das nicht unbedingt nötig. So kann während der Ausführung die Verstandestätigkeit fast zum Stillstand kommen, weil etwa die Tat so gut durchdacht und vorbereitet war, daß schlechterdings nichts mehr zu bedenken übrig bleibt, oder weil der Täter sich Mut angetrunken hat und seine Gedankenarbeit gelähmt ist. Oder es kann, vielleicht auch infolge Alkoholgenusses, die Willensenergie nicht mehr in dem Maße funktionieren, wie sie sich bei der Bildung des Willensentschlusses geäußert hatte. Hatte bei solchem Geisteszustand der Täter den Tötungswillen und drückt er beispielsweise im Augenblicke der Willensverwirklichung das Gewehr rein mechanisch ab, wie er des Opfers gewahr wird, so wird trotzdem der Tötungsvorsatz unbedenklich zu bejahen sein. Der Tötungsvorsatz ist beim Mord derselbe wie beim Totschlag. Der Plan zum Totschlag kann nicht ohne Überlegung gefaßt und nicht ohne Überlegung vom Willen aufgenommen und über die Schwelle gehoben werden, die zur Tat führt. Aber die Ausführung der Tat selbst muß noch unter dem Zeichen der Überlegung stehen, wenn von Mord gesprochen werden soll. Mit anderen Worten: es müssen noch bei der Ausführung der Tat Anzeichen dafür vorhanden sein, daß Bewußtsein und Wille in bezug auf die Tat im Täter fortbestehen. Gleichgültig ist dabei, ob das Bewußtsein oder der Wille prävaliert. Und gleichgültig ferner, ob die während der Tatausführung in Erscheinung tretende Vorstellung dieselben Punkte umfaßt, auf die sich schon die dem Vorsatz eigene Vorstellung bezog, und ob der sich bei der Ausführung regende Wille die Seele des Täters in gleicher Weise zum Schauplatz des Kampfes der einander widerstreitenden Beweggründe macht, wie die das zweite Vorsatzelement bildende Willensanspannung, die nach Abschluß der für und wider die Tat sprechenden Erwägungen zum Willensentschluß, also zur Verwirklichung des zunächst nur vorgestellten Erfolges, hinüberleitete. Die von § 211 StGB. geforderte „Überlegung“ kann sich in ihren beiden Bestandteilen genau auf dieselben Umstände erstrecken, die bereits Gegenstand der zum Vorsatzbegriff gehörigen Überlegung waren. Regelmäßig werden aber im Zeitpunkte der Tatausführung neue Verhältnisse eintreten, die das Denken und das abwägende Wollen des Täters in Anspruch nehmen: auftauchende Schwierigkeiten fordern das Ausdenken neuer Begehungsmittel oder besonderer Sicherungsmaßnahmen; der Wille des Täters sieht sich vor eine neue Wahl gestellt, wenn der Widerstand des Opfers größer ist als erwartet und die Anwendung weiterer Tötungsmittel in Betracht kommt, als zunächst vorgesehen war.

Daß Affekte gerade bei Mord und Totschlag eine besondere Rolle spielen, hängt damit zusammen, daß je schwerer das Verbrechen, desto größer meist der Erregungszustand ist, in dem sich der Verbrecher befindet. Von der großen Reihe der Affekte, die überhaupt denkbar sind (vgl. hierüber Fankhauser, Die Affektivität als Faktor des seelischen Geschehens, Hauptsche Buchhandlung, Bern-Leipzig 1926, der, insbes. S. 2 ff., die von Wundt, Grundzüge der physiologischen Psychiatrie, 3. Bd., Leipzig 1902, aufgestellte Einteilung der Affekte im wesentl. übernimmt, sie aber noch durch weitere Untergruppen ergänzt), führt das StGB. vier besonders an, und zwar „Bestürzung“, Furcht, Schrecken“ in § 53 sowie „Zorn“ in § 213. Die ersten drei bilden einen persönlichen Schuldausschließungsgrund, wenn der Urheber einer strafbaren Handlung kraft des bezeichneten Seelenzustandes über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. § 213 StGB. sieht an Stelle der von § 212 dem Totschläger angedrohten Zuchthausstrafe Gefängnisstrafe nicht über 6 Monate dann vor, wenn der Täter „ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden ist“. Der Gesetzgeber steht also auf dem Standpunkt, daß der unter dem unmittelbaren Einfluß eines solchen Zornaffecktes Stehende die Tötung jedenfalls nicht „mit Überlegung“ — deshalb bezieht sich § 213 lediglich auf § 212 — und zudem in einer solchen Geistesverfassung begehe, daß auch die normale Totschlagsstrafe noch zu hoch sei. Wurde der Täter nicht durch den plötzlichen Zornesausbruch auf der Stelle zur Tat „hingerissen“, handelte er vielmehr unter allen Anzeichen einer wohlgeordneten „Überlegung“, die ihm noch Zeit und Möglichkeit ließ, alles gehörig zu bedenken und sich über das Gesetzwidrige seines Verhaltens Rechenschaft zu geben, so wird trotz der sonstigen äußeren Voraussetzungen von § 213 diese Gesetzesbestimmung nicht anwendbar sein. Desgleichen kommt eine straflose Notwehrüberschreitung auch nur dann in Frage, wenn der Täter nicht etwa trotz der Affekte die Straftat vorsätzlich und in Kenntnis von der Überschreitung der gebotenen Verteidigungsgrenzen beging (a. M. freilich RGSt. 21, 189, 191).

Behandelt das geltende Recht mithin den Affekt einmal als Strafausschließungs-, das andere Mal als bloßen Strafermäßigungsgrund, so ist diesen Affekten gegenüberzustellen der pathologische Affekt, der zu einer vollständigen Bewußtseinsstörung und daher zur

Ansichtigwerden der davoneilenden, ihm gleichfalls verhaßten Frau Sch. sowie durch einen beschimpfenden Ausruf, den er für einen Ausruf der Frau Sch. hielt. Ob diese Umstände stark genug waren, um die bei der ersten Tat vorhandene Überlegung für die zweite Tat auszuschalten, ist Tatfrage.

(1. Sen. v. 7. Jan. 1927; 1 D 829/26.) [A.]

37. [§§ 211, 49b StGB. **Verabredung eines Mords.**]†)

Die Verabredung eines Mords setzt voraus, daß auf Grund eines — mittels Besprechung oder schlüssiger Handlungen gepflogenen — Gedankenaustausches zwischen zwei oder mehreren Personen ein gemeinsamer, auf Ausführung einer bestimmten Mordtat gerichteter ernstlicher Wille zustande gekommen ist. Eine bloße Gedankenäußerung, Vorbesprechung oder Werbung von Tätern enthält noch keine Verabredung. Die StK. ist zu dem Ergebnis gelangt, daß zwar zweifellos der Angekl. D. die Erschießung des Zeugen K. gewollt und dies auch zum Ausdruck gebracht habe, daß aber eine Willensübereinstimmung zwischen den Angekl. und zwischen diesen und dem abwesenden Mitbeschuldigten H. oder zwischen mindestens zweien von ihnen nicht nachgewiesen werden könne. Vor allem ist der Angekl. H., dem im Eröffnungsbeschluß zur Last gelegt war, dem Angekl. J. ein Beil mit der Aufforderung zur Ermordung K.s übergeben zu haben, dieser Handlung von der StK. nicht überführt erachtet worden. Jedenfalls aber hat J. ausdrücklich erklärt, daß er das, was ihm vom Übergeber des Beils zugemutet wurde, nicht machen werde, und der Vorderrichter hat hieraus den Schluß gezogen, daß J., trotzdem er nach dem von H. gegen ihn erhobenen Vorwurf der Feigheit das Beil entgegengenommen habe, nicht ernstlich entschlossen gewesen sei, von ihm gegenüber K. Gebrauch zu machen, daß ferner sein Mitgehen zur Wohnung K.s sehr wohl von der Absicht veranlaßt gewesen sein könne, an einer Zurredestellung und Verprügelung, nicht aber an der Ermordung K.s teilzunehmen. Der Mitbeschuldigte H. endlich hat zwar geäußert „einen Revolver wenn ich hätte, würde ich etwas ganz anderes machen," und hiermit offenbar die Erschießung K.s gemeint; er hat ferner, als ihm D. unerwarteterweise einen Revolver zur Verfügung stellte, diesen entgegengenommen. Sein weiteres Verhalten aber, haben es der StK. zweifelhaft erscheinen lassen, daß er den ernstlichen Willen gehabt hat, K. zu töten oder bei dessen Tötung mitzuwirken.

(1. Sen. v. 11. Jan. 1927; 1 D 531/26.) [A.]

**38. [§§ 218, 54 StGB.

I. § 218 Abs. 1—3 StGB. n. F. enthält gegenüber § 218 Abs. 1 und 3 StGB. a. F. keine tatbestandliche Änderung.

II. 1. § 54 StGB. enthält einen Entschuldigungsgrund.

2. § 54 StGB. läßt die Möglichkeit offen, daß bei bestimmten Notstandshandlungen durch einen neben jenem Entschuldigungsgrund bestehenden Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

3. In Notstandsfällen kann der Satz, daß

Straflosigkeit gemäß § 51 StGB. führt, gleichviel um welche Straftaten es sich handelt und auf welche Ursachen die Affektauslösung jeweilig zurückzuführen ist. Da nun beim Totschlag des § 213 StGB. ausdrücklich ein Affekt beim Täter vorausgesetzt, beim Totschlag des § 212 aber vielfach (vgl. LpzKomm. 3. Aufl. S. 636 Ziff. 7) von einer „Tötung im Affekt" gesprochen wird, um den Mangel der Überlegung zu betonen, so erhellt, wie sorgfältig gerade bei dem Tötungsdelikt die Frage des Affekts erörtert werden muß. Der Tötende kann im Affekt handeln und doch des Mordes schuldig sein; denn nicht jeder Affekt führt zu einer Ausschaltung der Überlegung. In den meisten Fällen wird der Affekt bei der Tötung indessen im Zeitpunkte der Tatausführung die Überlegung des Täters ausschließen, so daß die im Affekt ausgeführte Tötung dieser regelmäßig den Charakter des Totschlags (§ 212 oder § 213 StGB.) aufprägen wird. Endlich kann, wie erwähnt, der Nachweis eines Affekts die Annahme einer derartigen Bewußtseinsstörung rechtfertigen, daß von einer strafrechtlichen Schuld überhaupt nicht mehr zu sprechen ist. Freilich wird der Arzt nur in den seltensten Fällen dem Affekt einen so weitgehenden Einfluß beimessen können und sich hierzu im allgemeinen nur dann imstande fühlen, wenn es sich nicht um den ersten Affekt dieser Art handelt, im Leben des Täters vielmehr schon früher Zustände gleicher Natur aufgetreten sind. Die Affektbereitschaft, von der das Schwurgerichtsurteil spricht, gründet häufig in einer gewissen Veranlagung des Täters; sie kann aber auch erst durch die Vorkommnisse, die zur Straftat führen, entstanden sein. Wann eine Anlage zum Affekt eine derartige Steigerung erfährt, daß sie die unter ihrem Einfluß begangene Tat strafrechtlich in ein besonderes Licht stellt, ist zweifelsfrei immer nur vom ärztlichen Sachverständigen zu beurteilen. Daß jemand in Affektbereitschaft einen Mord oder Mordversuch begeht, im unmittelbaren Anschluß daran aber einen Totschlag verübt, ist sehr wohl denkbar. Wenn der Täter trotz seines Erregungszustandes den Mordplan immerhin so ausführt, daß die oben angegebenen Voraussetzungen für die „Überlegung" als vorhanden zu erachten sind, so schließt das keineswegs aus, daß nach Ausführung des Mordes eine Auslösung des Affektes im Täter eintritt, die den ärztlichen Gutachter bestimmt, für eine unmittelbar hinterher begangene zweite Tötungshandlung die Überlegung zu verneinen. Umgekehrt könnte an sich aber auch gerade für die erste Tötung der Sachverständige zu dem Urteil kommen, daß der Täter in einer solchen Aufregung gehandelt, wie sie mit dem Zustand einer ruhigen Überlegung nicht vereinbar ist, als er sich dem zweiten Opfer zuwandte, aber seine Kaltblütigkeit wiedergewonnen habe und jetzt „mit Überlegung" vorgegangen sei.

OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden

Zu 37. „Verabredet" ist die Begehung eines Verbrechens nur, wenn die Beteiligten die Ausführung beschlossen haben. Man kann die Anstiftung eines anderen zum Verbrechen, aber nicht beschließen, daß er den Tatwillen fasse und ausführe. Läßt er sich anstiften und verübt er die Tat, so sind die Anstiftenden als solche verantwortlich, aber sie hatten nicht ihrerseits die Ausführung des Verbrechens verabredet. Anders RGSt. S. 58, 392 ff. Zutreffend Ver. 2. u. 3. StSen. (RGSt. 5, 67). Die Verabredung, das Komplott (2. StSen.), setzt vielmehr voraus, daß der gemeinsame Wille von allen oder einigen oder einem der Beteiligten ausgeführt werden sollte. Nach der zutreffenden, vom geltenden Recht freilich nicht anerkannten Komplotttheorie haftet, wenn eine strafbare Handlung in Ausführung eines darauf gerichteten gemeinsamen Entschlusses begangen wird, jeder am Entschluß Beteiligte als Täter, auch wenn er an der Ausführung nicht beteiligt war (Oetker, Gerichtssaal 94, 15). Denn er gehörte der Gemeinschaft an, deren verbrecherischer Kollektiventschluß verwirklicht werden sollte und verwirklicht worden ist. Sein Wille ist durch das Tun des, der anderen mit verwirklicht worden. Das geltende Recht verlangt zur Mittäterschaft Beteiligung an der Ausführung i. S. der Mitbegehung des Delikts. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß auch die Strafbarkeit der Verabredung nach § 49b StGB. von der Bereitschaft aller, an der Ausführung mitzuwirken, abhängig sei. Dem steht die ratio legis entgegen. Die Teilnahme an der Verabredung wirkt, auch wenn der einzelne Teilnehmer nicht gewillt ist, selbst an der Ausführung sich zu beteiligen, auf den Willen der anderen, das Verbrechen zu begehen, bestärkend ein.

Das Gesetz sieht in dem verbrecherischen Kollektiventschluß die von ihm bekämpfte Gefahrquelle.

Insofern ist das RGSt. 58, 393 im Rechte, als nicht erfordert wird, daß alle Verabredenden an der Ausführung der Tat persönlich in irgendeiner Form teilnehmen wollten. A. A. Frank zu § 49b Bem. I. Wer aber daran teilnimmt, kann — anders RGSt. 58, 393 — niemals bloßer Gehilfe sein. Denn da der Entschluß allen gemeinsam ist, so hat jeder den animus auctoris, nicht socii, und aus dieser Willensrichtung wird ja in der Rechtsprechung des RG. mit Recht Mittäterschaft gefolgert.

Unverkennbar liegt in der vom RG. angenommenen Strafbarkeit der Verabredung ohne Rücksicht auf die Bereitschaft aller Verabredenden zur Mitwirkung bei der Ausführung eine Annäherung an die unserem Rechte z. Z. noch fremde Auffassung der Mittäterschaft, die unter der Voraussetzung, daß überhaupt mit der Ausführung begonnen worden ist, jeden am Entschlusse Beteiligten als Mittäter haften läßt.

Im gegebenen Falle verlangt das RG. zur Verabredung eines Mordes zutreffend das Zustandekommen eines gemeinsamen, auf Ausführung einer bestimmten Mordtat gerichteten ernstlichen Willens. Die Absicht, sich zur Ausführung eines gedungenen Mörders zu bedienen, wie sie nach RGSt. 58, 393 genügen würde, ist nicht Wille der Ausführung, sondern Wille, ein zur Ausführung bereites Organ zu suchen. In der Werbung von Tätern liegt, wie in vollem Gegensatze zum 2. StSen. gesagt wird, nicht eine Verabredung. Die tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Urteils entzogen sich der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Der Verwerfung des Rechtsmittels ist zuzustimmen.

GehR. Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

beim Widerstreit zweier Rechtsgüter das geringerwertige dem höherwertigen zu weichen hat, als Rechtfertigungsgrund verwertet werden.

4. Voraussetzungen für die Ausführung einer Schwangerschaftsunterbrechung durch einen Arzt.

III. Zum Begriff des Tat- und Strafrechtsirrtums.] †)

Die unverheiratete Mitangeklagte Rosa S., die ein Liebesverhältnis mit einem Reisenden unterhielt, fühlte sich schwanger. Sie stand um diese Zeit wegen Nervenstörungen in Behandlung des Nervenarztes Dr. St., erlitt in dessen Gegenwart sowohl bei der erstmaligen Erwähnung der Möglichkeit der Schwangerschaft als auch bei der Mitteilung Dr. St.s, daß nach dem Ergebnis der von dem Frauenarzt Dr. W. vorgenommenen Untersuchung an dem Bestehen einer Schwangerschaft nicht zu zweifeln sei, heftige Affektausbrüche mit nachfolgendem dumpfen Brüten und äußerte Selbstmordgedanken. Dr. St. nahm nach seiner Angabe an, daß bei Rosa S. infolge einer durch Schwangerschaft hervorgerufenen „reaktiven Depression“ eine gegenwärtige ernstliche Gefahr der Selbstentleibung bestehe, und veranlaßte den Dr. W. zur Beseitigung der Selbstmordgefahr die Schwangerschaft zu unterbrechen. Dr. W., der auf dem Gebiete der Psychiatrie nicht Fachmann ist, führte, gestützt auf das Gutachten Dr. St.s, die Unterbrechung der Schwangerschaft durch Ausräumung der Gebärmutter herbei. Die Rev. des StA. gegen den Freispruch bez. des Dr. St. hatte Erfolg. I. Die äußeren Merkmale des Tatbestands des § 218 Abs. 3 StGB. a. F., sowie des § 218 Abs. 2 StGB. n. F. sind in der von Dr. W. auf Veranlassung Dr. St.s ausgeführten Schwangerschaftsunterbrechung enthalten. Im § 218 Abs. 1 StGB. a. F., auf den der dritte Absatz Bezug nimmt, wird eine „Schwangere“, welche ihre Frucht vorsätzlich „abtreibt oder im Mutterleib tötet“, im § 218 Abs. 1 StGB. n. F. eine „Frau“, die ihre Frucht „im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet“, mit Strafe bedroht. Eine sachliche Änderung ist mit der hier erwähnten Fassungsänderung nicht verknüpft, da nach der Rspr. (vgl. RGSt. 4, 380) auch schon die alte Fassung den gleichen Sinn hatte; die neu hinzugefügten Worte „oder die Tötung durch einen anderen zuläßt“ kommen für die Beurteilung der Handlung Dr. St.s nicht in Betracht. Nach § 218 Abs. 3 StGB. a. F. finden die im ersten Absatz enthaltenen Strafvorschriften auch auf denjenigen Anwendung, welcher „mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat“, während § 218 Abs. 2 StGB. n. F. dahin lautet, daß ebenso (wie im ersten Absatz) ein anderer bestraft wird, der „eine Frucht im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet“. Durch die neue Fassung dieses Absatzes in Verb. mit der Vorschrift des § 218 Abs. 3 StGB. n. F., durch welche der Versuch der in den beiden ersten Absätzen beschriebenen Handlungen mit Strafe bedroht wird, ist klargestellt, daß nach neuem Recht die für den Dritten gegebene Sondervorschrift nicht mehr an die Bedingung des Erfolgs der Abtreibung geknüpft ist. Im übrigen bedeutet auch die neue Fassung dieser Sondervorschrift keine tatbestandliche Änderung; auch die bisher gebrauchten beiden Ausdrücke „anwenden“ und „beibringen“ der Mittel zur Abtreibung oder Tötung umfassen die Gesamtheit der denkbaren Eingriffe zum Zwecke der Tötung der Leibesfrucht. Wenn nun die Ausführungshandlung nach altem Recht sinngemäß, nach neuem Recht ausdrücklich in der „Tötung der Leibesfrucht im Mutterleib oder durch Abtreibung“ besteht, so stellt auch die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund „medizinischer Indikation“ an sich zunächst den äußeren Tatbestand des § 218 Abs. 3 a. F. und Abs. 2 n. F. dar. Wohl läßt sich für ärztliche Eingriffe in den Körper eines Kranken, die der Heilung dienen, der — in RGSt. 25, 375 allerdings abgelehnte — Standpunkt vertreten, daß sie nicht unter den Begriff der Mißhandlung fallen und deshalb nicht als „Körperverletzung“ i. S. der §§ 223 ff. StGB. zu beurteilen sind. Die Schwangerschaftsunterbrechung enthält aber — wie auch die hier nicht in Betracht kommende Perforation — nicht nur einen Eingriff in den Körper der zu rettenden Schwangeren, sondern zugleich einen Eingriff in die Leibesfrucht, die nach heutiger Auffassung und insbes. auch nach dem Standpunkt des geltenden Rechts nicht bloß einen Teil der Eingeweide der Schwangeren bildet, sondern als werdendes selbständiges Rechtsgut geschützt ist. Dieser letztere Eingriff fällt unzweifelhaft unter den Begriff der „Tötung der Leibesfrucht“ und erfüllt somit den äußeren Tatbestand des § 218 StGB. Aus dieser Vorschrift allein läßt sich nicht ablesen, daß und unter welchen Voraussetzungen die Tötung der Leibesfrucht zum Zweck der Rettung der Schwangeren von der Rechtsordnung für zulässig erachtet wird. Die Bestimmung könnte genau ebenso lauten unter der Herrschaft einer Rechtsordnung, die im Anschluß an die Entsch. der römischen Kurie jede unmittelbare Tötung der Leibesfrucht für verboten erachten würde (vgl. auch die Denkschrift zu § 288 des Entw. 1919). Erfüllt aber die von Dr. W. ausgeführte Schwangerschaftsunterbrechung den äußeren Tatbestand der Abtreibung, so kann sich das Verhalten Dr. St.s — zunächst abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit und der Schuld, also rein tatbestandsmäßig — entweder als mittelbare Täterschaft oder als Anstiftung zur Handlung Dr. W.s darstellen, je nachdem Dr. W. lediglich als sein Werkzeug oder als verantwortlicher Täter zu betrachten ist. — II. Außer der Tatbestandsmäßigkeit gehört nun aber zum Begriff des Verbrechens die Rechtswidrigkeit, und zwar auch dann, wenn dieses Merkmal in der gesetzlichen Verbrechensform nicht ausdrücklich erwähnt ist (vgl. u. a. RGSt. 2, 377). Die Sachlage erfordert hier insbes. eine Prüfung der Frage, ob eine von einem Arzt auf Grund „medizinischer Indikation“ zur Rettung der Schwangeren aus Lebens- und Leibesgefahr ausgeführte Schwangerschaftsunterbrechung rechtswidrig ist. Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen. Die Vorschrift des § 20 des Amtl. Entw. „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist“ ist bereits geltendes Recht. Die Rechtssätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit oder — negativ ausgedrückt — für den Ausschluß

Zu 38. Das Urt. darf als bahnbrechend bezeichnet werden. Nachdem das RG. sich bereits wiederholt (RGSt. 23, 117; 57, 268; 60, 89 = JW. 1927, 1210; JW. 1926, 1990) auf den Standpunkt gestellt hat, daß der Notstand des § 54 StGB. keinen bloßen persönlichen Strafausschließungsgrund darstelle, es aber dabei dahingestellt hat sein lassen, ob er „einen Schuldausschließungsgrund im engeren Sinn bildet, der die Widerrechtlichkeit der Handlung bestehen läßt, oder einen die Widerrechtlichkeit ausschließenden Rechtfertigungsgrund“ (so RGSt. 57, 269), entscheidet sich das vorliegende Urt. dafür, daß der Notstand des § 54 einen „Entschuldigungsgrund“ darstellt. Wenn dabei gesagt ist, daß dieser Standpunkt schon in RGSt. 28, 167 „klar erkennbar“ gemacht sei, so will ich darüber mit dem 1. Sen. nicht rechten. Ich möchte in bezug auf diese aus dem Jahre 1896 stammende Entsch. eher von einem „dunklen Drange“ reden. War doch damals der Begriff des von dem „persönlichen Strafausschließungsgrunde“ einerseits dem Rechtfertigungsgrunde andererseits zu differenzierenden „Entschuldigungsgrundes“ von der Wissenschaft noch gar nicht herausgearbeitet. Mit Recht stützt der 1. Sen. seine Ansicht auf zwei ausschlaggebende Gründe: Einmal komme in § 54 der Gedanke des überwiegenden Interesses, der allein für einen Rechtfertigungsgrund spreche, nicht zum Ausdruck. Und sodann sei die Einschränkung der Nothilfe auf Angehörige nur mit der Annahme eines bloßen Entschuldigungsgrundes vereinbar. Dazu kommt, daß § 54 überhaupt nur Leib und Leben für notstandsfähige Rechtsgüter ansieht. Aus allen diesen Gründen ergibt sich, daß § 54 auf den übermächtigen psychischen Druck der Notvorstellung auf den Willen abstellt, der typische Tatbestand des „Entschuldigungsgrundes“, wie jetzt auch das RG. zutreffend den „Schuldausschließungsgrund im engeren Sinn“ nennt. Damit ist eine Ansicht zum Siege gelangt, die sich, und zwar gerade unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG., den Nachweis des „normativen Schuldelements“, dessen Kehrseite der Begriff des „Entschuldigungsgrundes“ bildet, hat angelegen sein lassen. Es ist zu hoffen, daß nun endlich auch der Strafgesetzentwurf sich der Anerkennung des Begriffes des „Entschuldigungsgrundes“ nicht länger verschließen wird. Bisher waren alle Bemühungen der

der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Unrechtausschließungsgründe) ergeben, können dem gesetzten oder ungesetzten Recht angehören. Sie können insbes. im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zwecks und des gegenseitigen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden. Nach den Leitsätzen, die i. J. 1917 von der durch Hinzuziehung von Vertretern der Ärztekammern erweiterten preuß. wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen aufgestellt und dem i. J. 1918 dem Reichstag vorgelegten, nicht erledigten Entwurf eines Gesetzes gegen die Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung beigefügt wurden, wird von den Ärzten die Schwangerschaftsunterbrechung nur dann für angezeigt erachtet, wenn bei der Schwangeren infolge einer bereits bestehenden Erkrankung eine als unvermeidlich erwiesene schwerste Gefahr für Leben oder Gesundheit vorhanden ist, die durch kein anderes Mittel als durch die Unterbrechung der Schwangerschaft abgewendet werden kann. Die Unterbrechung aus sozialen oder rassenhygienischen (eugenischen) Gründen wird abgelehnt. Diese Leitsätze sind in Preußen durch ein Rundschreiben des preuß. Justizministers v. 13. April 1917 den Staatsanwälten, in Baden durch Erlaß v. 11. Sept. 1917 und in Württemberg durch Erlaß v. 24. Sept. 1923 den Amtsärzten mitgeteilt worden, haben also weitgehende amtliche Anerkennung gefunden. Aus ihnen ist ersichtlich, daß bei der Schwangerschaftsunterbrechung aus „medizinischer Indikation" stets ein Notstand vorliegt, nämlich ein Zustand gegenwärtiger Gefahr für das Rechtsgut des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren, der nicht anders beseitigt werden kann, als durch einen den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllenden Eingriff in das Rechtsgut des Lebens der Leibesfrucht; und zwar handelt es sich um den besonderen Fall, daß die Notstandsverletzung gegen dasjenige Rechtsgut gerichtet ist, von welchem die Gefahr droht, ohne daß jedoch ein rechtswidriger Angriff i. S. der §§ 53 StGB., 227 BGB. über die Notwehr in Frage kommt. Bis zum Inkrafttreten des RStGB. haben die meisten deutschen Schriftsteller die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung unter dem Gesichtspunkt des Notstands für straflos erklärt. Nach Einführung jenes Gesetzbuchs aber glaubte man im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 52, 54 StGB. über den Notstand diesen Gesichtspunkt zugunsten dritter Personen, insbes. der Ärzte, die nicht Angehörige der Schwangeren sind, nicht mehr verwerten zu können. Man suchte daher nach anderen Rechtfertigungsgründen, ohne daß sich bis jetzt eine einheitliche Meinung gebildet hätte. 1. Hinsichtlich des im § 54 StGB. geregelten Fall des Notstands — § 52 StGB. kommt nicht in Betracht — ist es im Schrifttum bestritten, ob er als persönlicher Strafausschließungsgrund, Entschuldigungsgrund oder Rechtfertigungsgrund zu erachten ist. Das RG. hat in ständiger Rspr. angenommen, daß es sich jedenfalls nicht um einen persönlichen Strafausschließungsgrund handle (vgl. RGSt. 57, 268 und die dort angeführten Entsch.). Die Frage, ob ein Entschuldigungsgrund oder ein die objektive Rechtswidrigkeit ausschließender Rechtfertigungsgrund anzunehmen sei, wurde teilweise unentschieden gelassen (so in der eben angeführten Entsch. sowie in RGSt. 60, 88 [89 u.]); z. T. aber — so RGSt. 28, 162 [167] — ist klar erkennbar gemacht, daß der Notstand des § 54 StGB. nur als Entschuldigungsgrund erachtet wird. Dem schließt sich der erk. Sen. an. In der Begründung zu § 52 des Entw. zu einem StGB. für den Norddeutschen Bund, der dem jetzigen § 54 StGB. entspricht, heißt es allerdings: „Während die Notwehr sich als die Verteidigung eines Rechts gegenüber einem ungerechten Angriff darstellt, ist der Notstand die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere dem größeren weichen muß." Wenn dieser letztere Gedanke im Gesetz Ausdruck gefunden hätte, könnte der Notstand des § 54 StGB., wie sich aus den späteren Erörterungen ergeben wird, als Rechtfertigungsgrund angesehen werden. Der Grundsatz des Schutzes des höherwertigen Guts gegenüber dem geringerwertigen ist aber im Gesetz selbst nicht durchgeführt. Der im Leibesnotstand Befindliche ist nach dem Gesetz auch dann nicht strafbar, wenn er das höherwertige Rechtsgut des Lebens eines anderen vernichtet. Diese Regelung ist nur verständlich von dem Gedankengang aus, daß bei der Begehung einer derartigen Notstandshandlung die Willensfreiheit des Handelnden durch die Macht des Selbsterhaltungstriebs zwar nicht ausgeschlossen, aber doch stark beeinflußt ist, und daß dieser in der Person des Täters wirksame Grund die Handlung entschuldbar erscheinen läßt; dagegen kann, mangels einer eindeutigen Willenserklärung des Gesetzgebers nicht angenommen werden, daß er im § 54 auch die Vernichtung eines höherwertigen auf Kosten eines geringerwertigen Rechtsguts als nicht rechtswidrig habe anerkennen wollen. Nur bei der Zugrundelegung dieser Auffassung ist es ferner zu verstehen, daß die Nothilfe hier — anders als im § 53 StGB. und in den §§ 227, 228, 904 BGB. — auf Angehörige beschränkt ist; hätte der Gesetzgeber die Notstandshandlung im ganzen Umfang des § 54 StGB. als nicht rechtswidrig erachtet, so hätte für ihn zu einer solchen Beschränkung kein Anlaß bestanden. RGSt. 57, 268 hat weiter ausgesprochen, der Notstand sei „ein schuldbefreiender Umstand, der der Handlung des Täters die Eigenschaft einer Straftat nimmt und demgemäß auch die Teilnehmer nicht schuldhaft handeln läßt". In der dieser Entsch. zugrunde liegenden Sache handelte es sich um Beihilfe (Leihen einer Spritze) zu einer im Notstand begangenen Abtreibung nach § 218 Abs. 1, § 49 StGB.; hier ergab sich der vom RG. gezogene Schluß aus der unselbständigen Natur (Akzessorietät) der Teilnahme von selbst. Der erk. Sen. ist dieser Entsch. beigetreten (RGSt. 60, 88 [89]). Der 3. StS.: JW. 1926, 1989 hat nun aber den angeführten Satz auf einen Fall angewendet, in welchem ein Arzt bei einer im Leibesnotstand befindlichen Schwangeren, die nicht zu seinen Angehörigen zählte, eine Schwangerschaftsunterbrechung vorgenommen hatte. Hierin vermag der erk. Sen., der insoweit den Ausführungen der Reichsanwaltschaft sich anschließt, dem 3. StS. nicht zu folgen. Die Handlung des Arztes erfüllte — von der Frage der Rechtswidrigkeit zunächst abgesehen — den Tatbestand des § 218 Abs. 3 StGB. a. F. (§ 218 Abs. 2 StGB. n. F.). Durch diese Vorschrift ist die Handlung des Dritten — bei Zugrundelegung der a. F. allerdings nur für den Fall der vollendeten Abtreibung — aus dem Rahmen der bloßen Beihilfe zu der durch die Schwangere bewirkten, nach § 218 Abs. 1 StGB. strafbaren Abtreibung ausgeschieden und zu einem selbständigen Verbrechen erhoben. Der Dritte ist also —

Wissenschaft, den Entwurf aus dem unsicheren Schwanken zwischen der Auffassung des Notstandes als Rechtfertigungsgrund und persönlichen Strafausschließungsgrund herauszubringen, vergeblich. Auch die jetzt aus den Beratungen des Reichsrats hervorgegangene Reichstagsvorlage bringt keine Besserung (vgl. § 25 ders. und die Begründung dazu). Eine rein psychologisch orientierte Schuld-, insbes. Vorsatzlehre muß allerdings dem Begriffe des „Entschuldigungsgrundes" verständnislos gegenüberstehen. Seltsam nur, daß dies auch eine Schule tut, die sich in der Ethisierung des Strafvollzuges nicht genug tun kann (vgl. die im übrigen sehr tüchtige Schrift von O. Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, Heft 10 der Hamburg. Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft 1927). Unter diesen Umständen gewinnt das Urt. v. 11. März 1927 den Charakter einer Tat. Eine Dogmatik der „Entschuldigungsgründe" habe ich bereits in meiner Schrift „Der Notstand, ein Schuldproblem" 1913 S. 33 ff. zu geben versucht. Das RG. hatte in dem vorliegenden Urt. keinen Anlaß, darauf weiter einzugehen. Es bemerkt nur kurz, daß nach der akzessorischen Natur der Teilnahme auch der Teilnehmer an einer entschuldigten Tat straflos sein müsse. Das ist richtig für den, der, wie das RG., der subjektiven Teilnahmelehre huldigt. Denn für diese Lehre ist der mit Tätervorsatz Handelnde nicht Teilnehmer, sondern Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter. Wer aber auf dem Standpunkt steht, daß auch derjenige Teilnehmer — Gehilfe — bleibt, der sich trotz Tätervorsatzes nicht an der Ausführung beteiligt, für den entstehen, wenn in solchem Falle der Haupttäter nur entschuldigt, aber nicht gerechtfertigt ist, Schwierigkeiten, die sich vielleicht nur durch Annahme der subjektiven Teilnahmetheorie mindestens für diesen Fall lösen lassen. Im übrigen hat der 1. Sen. ganz recht, wenn er ausführt, daß, da § 218 III a. F., § 218 II n. F. StGB. den dritten Abtreiber mit Täterschaftsstrafe bedroht, die Straflosigkeit des Teilnehmers an entschuldigter Tat dem dritten Abtreiber nicht zugute kommt. Er bezeichnet daher auch mit Recht die dies verkennende Entsch. des 3. StS. (JW. 1926, 1990) insoweit als Fehlurteil.

Aber das Urt. des 1. StS. v. 11. März 1927 ist nicht nur bahnbrechend, weil es den Notstand des § 54 StGB. als „Entschul-

nach altem Recht bei vollendeter Abtreibung, nach neuem Recht ohne diese Beschränkung — selbständiger Täter, nicht Teilnehmer i. S. der §§ 47 ff. StGB. am Verbrechen der Schwangeren nach § 218 Abs. 1 StGB. Es ist deshalb für die Strafbarkeit des im Abs. 3 (2) geregelten Tatbestands unerheblich, ob und unter welchem Gesichtspunkt die Mitwirkung der Schwangeren ebenfalls strafbar ist, ob diese Mitwirkung als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe am Verbrechen nach Abs. 3 (2) aufzufassen oder aus besonderen, in der Person der Schwangeren obwaltenden Gründen — insbes. auf Grund der §§ 51, 52, 54 StGB. — der strafrechtlichen Ahndung entzogen ist (RGSt. 1, 350 [351 unten, 352]; 4, 302 [304]; RGRspr. 9, 387; RGSt. 16, 184 [185]; 28, 164 [167]; 60, 88 [92]). Eine Mittäterschaft des Dritten am Verbrechen nach § 218 Abs. 1 StGB. im technischen Sinn ist nach der Rspr. des RG. schon deshalb nicht möglich, weil diese Vorschrift als Subjekt eine Schwangere oder (beim Versuch) eine Person, die schwanger zu sein glaubt, erfordert (RGSt. 29, 419 [421]; RGE. vom 6. Mai 1918, III 146/18: LZ. 1918 Sp. 1218). Es ergibt sich aber auch aus der Fassung des § 54 StGB. unmittelbar, daß durch diese Vorschrift der nicht zu den Angehörigen zählende Dritte, welcher mit der im Notstand befindlichen Schwangeren zum Zwecke der Unterbrechung der Schwangerschaft zusammenwirkt und deshalb im nicht-technischen Sinn als Mittäter bezeichnet werden kann (vgl. RGE. v. 26. Sept. 1921, I 35/21; v. 1. April 1924, I 260/24; RGSt. 59, 423 [425]), durch diese Vorschrift vor Strafe nicht geschützt wird. Das SchöffG. hat hiernach die Anwendbarkeit des § 54 StGB. auf die Handlung Dr. St. mit Recht verneint. 2. Die Vorschrift des § 54 StGB., die für einen bestimmten Kreis von Handlungen einen Entschuldigungsgrund schafft, schließt nun aber nicht aus, daß auf Grund eines daneben bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatzes bei gewissen Notstandshandlungen — auch bei solchen, die unter § 54 StGB. fallen — die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist. Daß dieser Gedankengang auch der bisherigen reichsgerichtlichen Rspr. nicht fremd ist, ergibt sich aus der Entsch. des erk. Sen.: RGSt. 23, 116, in der zum Ausdruck kommt, daß — je nach dem Wertverhältnis des durch die Notstandshandlung geschützten und des durch sie verletzten Rechtsguts — die Notstandshandlung sich bald als rechtswidriger Angriff, bald als rechtmäßiger Akt darstellen und demgemäß eine Gegenwehr ihr gegenüber bald zulässig, bald unzulässig sein kann. 3. a) Geschriebene Rechtssätze, die hier in Betracht kommen könnten, sind nicht vorhanden. Die einschlägigen Notrechte des bürgerlichen Rechts betreffen nur Notangriffe auf Sachen. b) Von den in der Wissenschaft unternommenen Versuchen, die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung zu rechtfertigen, ist die Annahme eines ärztlichen Berufsrechts im Schrifttum aufgegeben worden. Das RG. hat das Vorhandensein eines solchen Berufsrechts in RGSt. 25, 375 für die ärztlichen Eingriffe zu Heilzwecken überhaupt und in der Entsch. v. 8. Mai 1925, I 120/25 für die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung im besonderen verneint. c) Auch der Gesichtspunkt der Einwilligung, der in RGSt. 25, 375 zur Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe verwertet worden ist, reicht für sich allein zur Rechtfertigung der vom Arzt ausgeführten Schwangerschaftsunterbrechung nicht aus, weil letztere nicht nur einen Eingriff in den Körper der Schwangeren, sondern auch einen Eingriff in das Leben der Leibesfrucht enthält, über welches die Schwangere nicht in gleicher Weise verfügen kann, wie über ihre eigene körperliche Unversehrtheit. Abzulehnen ist insbes. der Gedankengang, daß die im Notstand befindliche Schwangere auf Grund des § 54 StGB. ihrerseits die Leibesfrucht straflos töten dürfe, daß sie daher auch einem anderen die Befugnis müsse erteilen können, diese Handlung bei ihr vorzunehmen; denn da § 54 StGB. nur einen Entschuldigungsgrund, keinen Rechtfertigungsgrund schafft, die Handlung der Schwangeren selbst also, soweit nicht ein anderweiter Rechtfertigungsgrund eingreift, rechtswidrig bleibt, so kann die Einwilligung der ihrerseits rechtswidrig handelnden Schwangeren die Hilfeleistung des nicht in Notstand befindlichen Dritten nicht der Rechtswidrigkeit entkleiden. Es muß also zunächst nach einem Grund gesucht werden, der die Notstandshandlung der Schwangeren selbst nicht nur entschuldigt, sondern als nicht rechtswidrig erscheinen läßt. Erst wenn ein solcher Rechtfertigungsgrund für die Schwangere selbst gefunden ist, kann man ihrer Einwilligung eine Bedeutung für die rechtliche Zulässigkeit des Eingriffs des Dritten einräumen. Daß der Einwilligung eine solche Bedeutung in der Tat zukommt, wird unten erörtert werden. d) Der vom SchöffG. der Entsch. zugrunde gelegte Satz, daß Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, welche sich als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, nicht rechtswidrig seien — Zwecktheorie —, hat in der Wissenschaft vielfach Zustimmung gefunden und liegt zweifellos verschiedenen Bestimmungen des geltenden Rechts zugrunde. Mit Recht ist aber auch darauf hingewiesen worden, daß dieser Grundsatz von allgemeiner Anerkennung noch weit entfernt ist. Bei der Weite der Fassung läßt sich nicht übersehen, ob nicht seine Anwendung in der Praxis zu bedenklichen Folgen führen würde, die nicht als dem Rechte gemäß erachtet werden könnten. e) Nahezu allgemeine Anerkennung hat dagegen der folgende, aus jenem Rechtsgedanken abgeleitete, aber wesentlich enger gefaßte Grundsatz gefunden: In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden (Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung). Für den Fall des Widerstreits von Pflichten — des Pflichtennotstands — hat sich das RG. schon wiederholt zu dem Grundsatz bekannt, daß die höhere Pflicht auf Kosten der minder hohen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren nicht rechtswidrig ist (RGSt. 20, 190 [191 unten ff.]; 36, 78 [80 ff.]; 56, 168 [170 unten ff.]; 59, 404 [407]; 60, 295; RG. 53, 315 [317]; vgl. auch RMG. 17, 41). Aber auch

---

digungsgrund“ erkennt. Es ist es auch insoweit, als es daneben den Notstand als Rechtfertigungsgrund anerkennt. Quelle der Anerkennung des Notstandes als Rechtfertigungsgrund ist das neben § 54 StGB. stehende geschriebene und ungeschriebene Recht. § 20 Amtl. StGEntw. v. 1925 ist schon geltendes Recht. Das geschriebene Recht versagt, da §§ 228, 904 BGB. nur Notangriffe auf Sachen betreffen. Es muß also das ungeschriebene Recht herangezogen werden. Ein „ärztliches Berufsrecht“ wird mit RGSt. 25, 375 abgelehnt. Aber zutreffend wird weiter ausgeführt, daß der in dieser Entsch. zur Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe verwertete Gesichtspunkt der „Einwilligung“ des Patienten für sich allein nicht ausreicht, die Unterbrechung der Schwangerschaft zu rechtfertigen, da es sich dabei nicht nur um einen Eingriff in die Körperintegrität der Schwangeren, sondern auch in das Leben der Leibesfrucht handelt. Das Schöffengericht hatte die (von v. Liszt, Graf zu Dohna vertretene) „Zwecktheorie“ zugrunde gelegt, wonach eine Handlung nicht widerrechtlich ist, wenn sie sich als „angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes“ darstellt. M. E. mit Recht erhebt der 1. StS. das Bedenken, daß die Folgerungen dieser Theorie unabsehbare sein könnten. Der 1. Sen. schließt sich dem „Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung“ an, m. a. W. dem des überwiegenden kollidierender Interessen. Daß der Gegensatz von Pflichten- und Gutsnotstand sowie die Unterordnung des Falles ärztlicher Schwangerschaftsunterbrechung unter den Begriff des Gutsnotstandes richtig ist, bezweifele ich freilich. M. E. kollidieren entweder Pflichten untereinander oder Pflichten mit Rechten (Rechtsgütern), und unterfällt der Fall der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung dem Begriff der Pflichtenkollision. Ich halte auch die Gleichstellung der Schwangerschaftsunterbrechung durch die Schwangere und den Arzt für bedenklich. Das RG. verlangt selbst „eine besonders strenge Prüfung an der Hand der Regeln der ärztlichen Wissenschaft, zu der ein Nichtarzt zumeist nicht in der Lage sein wird“. Soll es die Schwangere sein? Und was bleibt von dem Anwendungsgebiet des § 54 StGB. auf die Schwangere übrig? Ich möchte daher den Satz, zu dem das RG. gelangt, dahin zusammenziehen: „Die ärztlich angezeigte

für den Fall des Widerstreits von Rechtsgütern — des Gutsnotstands — hat das RG. bereits anerkannt, daß dann, wenn ein Ausgleich nicht anders möglich ist, als durch Vernichtung oder Schädigung des einen der beiden Rechtsgüter, das geringerwertige Gut dem höherwertigen weichen muß, der Eingriff in das geringerwertige also nicht rechtswidrig ist (RGSt. 23, 116; 37, 150). 4. Der Grundsatz der Güterabwägung führt auch zu einer befriedigenden Lösung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung rechtlich zulässig ist. Allgemeine Voraussetzung für seine Anwendung ist das Vorhandensein eines wirklichen Gutsnotstandes in dem oben bestimmten Sinn. Es muß also eine gegenwärtige, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für die Schwangere vorhanden sein. Das Vorliegen dieser Voraussetzung bedarf einer besonders strengen Prüfung an der Hand der Regeln der ärztlichen Wissenschaft, zu der ein Nichtarzt zumeist nicht in der Lage sein wird. Unter gegenwärtiger Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird. Im übrigen kann hinsichtlich der Bedeutung dieses Erfordernisses für die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung auf die Ausführungen in RGSt. 36, 334 [338 bis 340] Bezug genommen werden. Bei der Güterabwägung ist von den Wertungen auszugehen, die in den zum Schutze der Rechtsgüter erlassenen Strafdrohungen des geltenden Rechts ihren allgemeinen Ausdruck gefunden haben. Aus dem Vergleich der §§ 211 ff. StGB. sowie der §§ 224, 225 StGB. mit § 218 StGB. a. und n. F. kann ohne weiteres entnommen werden, daß regelmäßig sowohl der Verlust des Lebens als auch eine i. S. des § 224 StGB. schwere Gesundheitsschädigung des fertigen Menschen höher zu bewerten ist, als der Verlust des Lebens der Leibesfrucht. Im einzelnen Fall kann freilich eine hiervon abweichende Entscheidung geboten sein. Zweifelhaft ist, ob das im § 54 StGB. enthaltene Erfordernis der Unverschuldetheit des Notstands auch eine Voraussetzung für den auf der Güterabwägung beruhenden Ausschluß der Rechtswidrigkeit bildet. Der erk. Sen. hat dies für das geltende Recht verneint, weil dieses nicht nur beim Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 53 StGB., § 227 BGB.), sondern auch in den Vorschriften, in denen es den Notstand unter Heranziehung der Güterabwägung als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich anerkannt hat (§§ 228, 904 BGB.), von der Unverschuldetheit der Notwehr — bzw. Notstandslage absieht. Soweit die Notstandsverletzung nicht bloß als entschuldigt, sondern in Anwendung des Grundsatzes der Güterabwägung als nicht rechtswidrig zu erachten ist, gilt der Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht nur für die Vornahme durch die Schwangere selbst, sondern auch für die Vornahme durch einen zur Beurteilung der Voraussetzungen fähigen Dritten. Eine notwendige Bedingung hierfür ist aber die wirkliche oder mutmaßliche Einwilligung der Schwangeren. Dies ergibt sich schon aus RGSt. 25, 375, da die Schwangerschaftsunterbrechung auch einen Eingriff in den Körper der Schwangeren enthält; überdies muß der Schwangeren auch in ihrer Eigenschaft als werdender Mutter das Recht vorbehalten bleiben, aus Gewissensbedenken die Tötung der Leibesfrucht zu verbieten. Die Gleichstellung des mutmaßlichen mit dem wirklichen Willen der Schwangeren entspricht dem im § 667 BGB. zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken. Die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung ist hiernach bei Vornahme durch die Schwangere selbst und im Falle der wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung der Schwangeren auch bei Vornahme durch einen zur Beurteilung der Sachlage befähigten Dritten nicht rechtswidrig, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung i. S. des § 224 zu befreien. Dieses Ergebnis deckt sich im wesentlichen mit den oben wiedergegebenen Leitsätzen der preuß. wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen. Es besagt lediglich, daß die Schwangere und der Arzt, die nach diesen Grundsätzen verfahren, nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen und deshalb nicht strafbar sind. Die Frage der sittlichen Zulässigkeit wird hierdurch nicht berührt. Die bisherige Rspr. des RG. nötigt nicht zu einer Anrufung der VerStS. nach § 136 GVG. Das RG. hat, soweit ersichtlich, niemals ausgesprochen, daß ein Arzt, der, ohne Angehöriger der Schwangeren zu sein, mit deren Einwilligung nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Rettung der Mutter für geboten erachtet und ausgeführt hat, wegen Abtreibung zu bestrafen sei. In den an das RG. gelangten Fällen der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, die nachgeprüft werden konnten, handelt es sich durchweg um solche, in denen die „medizinische Indikation" nicht für gegeben erachtet worden war (so in RGE. v. 6. Mai 1918, III 146/18 = LZ. 1918 Sp. 1218; 8. Juni 1923, V 250/23; 8. Mai 1925, I 120/25). In dem Urt. des 5. StS. vom 8. Juni 1923, V 250/23 ist, ohne daß es für die Entsch. hierauf ankam, die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung der Mutter ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Endlich hat auch der 3. StS. in dem oben erörterten Urt. v. 25. Jan. 1926, III 512/25 einen Weg gesucht, dem Arzt für den Fall der Feststellung der „medizinischen Indikation" Straffreiheit zu sichern. Die Entsch. des 4. StS. in RGSt. 36, 334 und des 1. StS. in RGSt. 60, 88 betreffen Fälle, in denen Nichtärzte tätig geworden sind. In dem der ersteren Entsch. zugrunde liegenden Fall, in welchem die Täter Angehörige waren, hatte die StK. die Anwendung des § 54 StGB. abgelehnt, weil sie den Notstand der Schwangeren nicht als unverschuldet erachtet hatte. Das RG. hat das Urteil aufgehoben. Es hat geprüft, ob die im § 54 StGB. bestimmten Voraussetzungen der Straflosigkeit gegeben sind, und in dieser Hinsicht erörtert, daß das Vorhandensein einer gegenwärtigen Gefahr und damit eines Notstands zweifelhaft erscheine, für den Fall des Vorhandenseins eines Notstands aber seine Verschuldung nicht ausreichend dargetan sei. Der erk. Sen. stimmt den Ausführungen über die Voraussetzungen des Notstandes überhaupt und den Ausführungen über den ungenügenden Nachweis der Verschuldung des Notstands für den Fall der Anwendbarkeit des § 54 StGB. zu. Eine Abweichung in bezug auf die die Entsch. des 4. Sen. tragenden Rechtssätze liegt hiernach nicht vor. Soweit in der vom erk. Sen. stammenden Entsch. RGSt. 60, 88 [91/92] eine Abweichung von dem hier vertretenen Standpunkt zum Ausdruck kommt, hält der Senat hieran nicht fest. Die übrigen unter II 1 aufgeführten Entsch. lassen nicht erkennen, ob ein Notstand vorgelegen war. Bei Zugrundelegung des hier ver-

---

Schwangerschaftsunterbrechung ist ... im Falle der wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung der Schwangeren ... bei Vornahme durch einen zur Beurteilung der Sachlage befähigten Dritten nicht rechtswidrig, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung i. S. des § 224 zu befreien." Es ist denn auch in Wahrheit dieser Satz und nicht der des RG., der sich mit den Leitsätzen deckt, die 1917 von der preußischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen aufgestellt und dem 1918 dem Reichstag vorgelegten, nicht erledigten Entwurf eines Ges. gegen die Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung beigefügt worden sind. Daß danach nur einem Dritten, und zwar regelmäßig nur einem Arzt das Recht zur Schwangerschaftsunterbrechung eingeräumt wird, ist mit der Ablehnung eines „ärztlichen Berufsrechts" nicht unvereinbar und m. E. ebenso zu billigen, wie daß — solange Strafbestimmungen wie §§ 288, 313 Entw. v. 1919 fehlen — der Arzt der Einwilligung der Schwangeren bedarf. Auch daß das ärztliche Recht zur Schwangerschaftsunterbrechung von der Unverschuldetheit des Notstandes unabhängig sein soll, ist zu billigen. Alle diese Ergebnisse werden jetzt durch §§ 254, 281 der Reichstagsvorlage sanktioniert.

Die erhobenen Bedenken können die Genugtuung über die treffliche Entsch. nicht beeinträchtigen. Ebensowenig kann es die Tatsache, daß der 1. Sen. die irrige Annahme eines vom Recht nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes für unbeachtlichen Strafrechtsirrtum erklärt. Denn der 1. StSen. konnte natürlich nicht im Vorbeigehen die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Rechtsirrtum umstoßen. Aber sonst! Was hat die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Rechtfertigungsgrundes mit dem Rechtsgebiet zu tun, in das er fallen würde? Und will wirklich das RG.

tretenen Standpunkts ist in der vorliegenden Sache die Schwangerschaftsunterbrechung dann für nicht rechtswidrig und deshalb für straflos zu erachten, wenn bei Rosa S. nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft eine gegenwärtige Gefahr des Selbstmords und damit auch des Todes der Leibesfrucht anzunehmen war und diese auf andere Weise als durch Unterbrechung der Schwangerschaft nicht beseitigt werden konnte. 3. Zur Erfüllung des inneren Tatbestands des Verbrechens nach § 218 StGB. genügt zunächst der Wille zum Handeln trotz der Vorstellung der Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört nach der Rspr. des RG. nicht zum Vorsatz. Nimmt der Täter irrigerweise einen Rechtfertigungsgrund an, dessen Bestehen vom Recht nicht anerkannt ist, etwa ein ärztliches Berufsrecht, so ist dies ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum. Irrt er dagegen lediglich über die Anwendbarkeit eines an sich rechtlich anerkannten, aber nicht im Strafrecht selbst geregelten Rechtfertigungsgrunds, oder nimmt er infolge tatsächlichen Irrtums eine Sachlage an, die, wenn sie vorhanden wäre, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden würde, so ist nach der Rspr. gemäß § 59 StGB. der Vorsatz ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn der Irrtum verschuldet ist. Beruht allerdings der Irrtum auf einer nicht pflichtgemäßen Prüfung der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes, kann nicht nur Fahrlässigkeit, sondern auch bedingter Vorsatz in Frage kommen. 4. Wird nun das angefochtene Urteil daraufhin geprüft, ob die unter Nr. 2 festgelegten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung nachgewiesen sind, so ergibt sich, daß dies nur hinsichtlich des Merkmals der schweren Selbstmordgefahr zutrifft, nicht aber hinsichtlich der Frage, ob diese Gefahr nicht auf andere Weise abwendbar gewesen wäre. Erst wenn diese Frage untersucht ist, kann an die andere herangetreten werden, ob nicht der Angekl. wenigstens der Meinung gewesen sei, die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrunds seien gegeben (Nr. 3). Das Urteil konnte daher nicht aufrechterhalten werden. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung ist der Tatrichter an die bisherigen Feststellungen in keiner Hinsicht gebunden.

(1. Sen. v. 11. März 1927; 1 D 105/26.) [A.]

39. [§§ 2, 43, 218, 219 StGB. Mildestes Gesetz, wenn nach dem z. Z. der Tat geltenden § 218 a. F. StGB. Beihilfe zur versuchten Abtreibung nach § 218 n. F. StGB. (Ges. v. 18. Mai 1926) Versuch der gewerbsmäßigen Abtreibung gegeben ist und mildernde Umstände zugebilligt werden.]†)

Die Angekl., die bereits im Jahre 1911 durch zwei schwurgerichtliche Urt. wegen mehrerer Verbrechen der Lohnabtreibung zu Zuchthausstrafen verurteilt worden war, ist durch Urt. des Schwurgerichts St. v. 7. Juli 1921 wegen Lohnabtreibung u. a. mit einem Jahre fünf Monaten Zuchthaus und durch Urt. der StK. St. v. 8. März 1924 wegen Lohnabtreibung nach § 219 StGB. mit einem Jahre zwei Monaten Zuchthaus bestraft worden. Diese Strafen hat sie verbüßt. Im gegenwärtigen Verfahren handelt es sich um eine ähnliche, im Februar 1920 begangene Tat. Das Schwurgericht hat nicht festzustellen vermocht, daß die Zeugin Sp., an welcher die Abtreibungshandlung gegen Entgelt vorgenommen wurde, schwanger gewesen sei und nimmt an, daß die Handlung nach dem z. Z. der Tat geltenden Recht sich als Beihilfe zur versuchten Abtreibung nach §§ 218 Abs. 1 a. F., 43, 49 StGB. darstellt. Gleichzeitig wird festgestellt, daß die Angekl. damals die Abtreibung gewerbsmäßig betrieben habe, so daß die Tat nach dem vor der Aburteilung in Kraft getretenen Ges. v. 18. Mai 1926 als ein Versuch der gewerbsmäßigen Abtreibung nach §§ 218 Abs. 4 n. F., 43 StGB. zu beurteilen sei. Das Schwurgericht hat die Strafe gemäß § 2 Abs. 2 StGB. aus dem älteren Ges. als dem milderen entnommen. Die Rev. erstrebt in erster Linie Einstellung des Verfahrens, weil die Strafklage durch das nach der jetzigen Tat ergangene Urt. v. 8. März 1924 verbraucht sei, und macht geltend, daß die Angekl. nach der Feststellung des Schwurgerichts die Abtreibung gewerbsmäßig begangen habe. Wenn dem so sei, so sei die Angekl. auch im März 1924 wegen gewerbsmäßiger Abtreibung bestraft und die Strafklage verbraucht; soweit nötig, seien die damaligen Feststellungen hinsichtlich der Gewerbsmäßigkeit zu ergänzen. Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Es kommt nicht darauf an, welche Feststellungen das Gericht im März 1924 getroffen hätte, wenn das Ges. v. 18. Mai 1926 damals in Kraft gewesen wäre, sondern nur darauf, was es zum Gegenstand seiner Aburteilung gemacht hat; eine spätere Ergänzung des in Rechtskraft erwachsenen Urt. und seiner Feststellungen ist rechtlich ausgeschlossen. Das Urt. v. 8. März 1924 hat, ebenso wie das ihm vorangehende Urt., nur wegen eines einzelnen Falles der Lohnabtreibung auf Strafe erkannt. Wegen einer Sammelstraftat — der gewerbsmäßigen Abtreibung — ist die Angekl. nicht bestraft, und sie konnte nach dem damaligen Stande der Gesetzgebung wegen einer solchen nicht bestraft werden, da damals das Sammelverbrechen der gewerbsmäßigen Abtreibung dem Strafgesetz unbekannt war. Jenes Urt. konnte daher nur bezüglich der abgeurteilten Einzelhandlung eine aufzehrende Wirkung äußern (RGSt. 59, 399). Da damals die Feststellung einer Sammelstraftat rechtlich ausgeschlossen war, so konnten auch die an die Voraussetzung einer solchen Feststellung geknüpften Rechtskraftwirkungen nicht eintreten (RGSt. 54, 335). Die Strafklage ist daher nicht verbraucht. Auch § 2 Abs. 2 StGB. ist ohne Rechtsirrtum angewendet. Das Schwurgericht hat der Angekl. mildernde Umstände zugebilligt. Es hat erwogen, daß die Angekl. bei Anwendung des neuen Rechts (§§ 218 Abs. 4 n. F., 43) eine Gefängnis-

---

den juristischen Laien deshalb bestrafen, weil er nicht zu demselben Ergebnis gekommen ist, für das fünf seiner hervorragendsten Mitglieder ihre besten Kräfte eingesetzt haben? Bedenklich ist auch der Satz, daß bei verschuldetem Irrtum über die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes bedingter Vorsatz in Frage kommen könne. Ob bedingter Vorsatz in Frage kommt, hängt von der Unentschuldbarkeit des Irrtums über die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes nicht ab.

Prof. Dr. J. Goldschmidt, Berlin.

Zu 39 u. 40. Die Entsch. behandeln im wesentlichen zutreffend Fragen der Gewerbsmäßigkeit und des mildesten Gesetzes.

a) Die gewerbsmäßige Deliktsverübung, von der RG. v. 14. Dez. 1926 handelt, kann an und für sich bezeichnet werden als ein Handeln mit dem Willen oder in der Absicht oder auf Grund der Neigung, durch wiederholte Begehung des Delikts sich eine Einkommensquelle zu verschaffen. Von diesen drei in der Literatur vorkommenden Ausdrücken ist die Wendung: „mit dem Willen" nicht besonders scharf. Denn der Wille umfaßt auch den dolus eventualis. Gewerbsmäßigkeit wird aber nicht schon dadurch begründet, daß der Täter die etwaigen wirtschaftlichen Vorteile seines wiederholten Handelns mit in Kauf nehmen will, sofern er sie weder anstrebt noch als sichere Begleiterscheinung seines Tuns voraussieht. Bezeichnender ist daher die Wendung: „in der Absicht", so z. B. Allfeld 234, RGSt. 55, 21; 57, 367. Die Verschaffung einer Einkommensquelle muß in der Tat ein Ziel, d. h. ein Gegenstand des Strebens für den Täter gewesen sein. Es genügt auch eine bedingte Absicht, wie sie etwa vorliegt, wenn der Täter erklärt: Bei sich bietender Gelegenheit werde ich die Handlung gern wiederholen und darauf sehen, daß ich daraus eine Einkommensquelle ziehe. Es fragt sich aber, ob Gewerbsmäßigkeit nicht auch schon vorliegt, wenn jemand die Neigung oder den Hang verrät, aus wiederholter Begehung ein Einkommen zu erzielen. Die Neigung unterscheidet sich von der Absicht dadurch, daß die psychische Dispositon zur Wiederbegehung sich bei der Neigung nicht zu einer formellen Beschlußfassung verdichtet zu haben braucht. Wenn jemand Lust zur Wiederholung hat, so hat er deswegen noch nicht notwendig die Absicht der Wiederholung; d. h. er hat sich noch nicht immer klargemacht, wozu es ihn treibt. Die Neigung, etwas zu tun, ist selbstverständlich etwas Psychisches; aber sie braucht nicht vollständig psychisch reflektiert zu sein und kann trotzdem sehr fest psychisch verankert sein; dies gilt z. B. von gewohnheitsmäßigem Handeln. Eine Neigung zur Wiederholung zwecks Erzielung eines Einkommens dürfte auch zur Gewerbsmäßigkeit genügen, zumal da diese sich von der Gewohnheitsmäßigkeit in subjektiver Beziehung ja nur durch die besondere Richtung der Neigung unterscheidet.

Eine Neigung als Grundstimmung des Täters hält auch länger vor als ein Entschluß zur Wiederholung, der leicht durch andere Vorstellungen verdrängt wird. Wenn im vorliegenden Falle die eine Abtreibungshandlung zwei Jahre früher begangen worden ist als die andere, so ist es sehr möglich, daß eine Neigung zur Wiederholung bei passender Gelegenheit in dem Seelenleben der Täterin noch 2 Jahre nach der ersten Begehung fortbestanden hat.

strafe von mindestens 22 Tagen (richtiger 23 Tagen) treffen müßte, während die Anwendung des früheren, z. Z. der Tat geltenden Rechts zu einer Mindeststrafe von 11 (richtiger 12) Tagen Gefängnis führt. Da die Höchststrafen nahezu gleich sind, ist das ältere Recht als mildeste Ges. nach § 2 Abs. 2 StGB. anzusehen, und es war daher aus ihm die Strafe zu entnehmen.

(1. Sen. v. 18. Febr. 1927; 1 D 114/27.) [A.]

40. [§§ 218, 2, 44, 49 StGB. **Voraussetzungen der Annahme einer Mehrheit von gewerbsmäßigen Abtreibungen. Bei Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. ist zu prüfen, welches Gesetz für den bestimmten vorliegenden Fall die mildeste Strafe zuläßt.**]†)

Die Feststellung, daß die Angekl. die Straftaten „gewerbsmäßig durch drei selbständige Handlungen" begangen habe, gibt zu Zweifeln Anlaß, ob nicht der Begriff der Gewerbsmäßigkeit verkannt sei. Er ist in § 218 Abs. 4 der gleiche wie in §§ 260, 294, 302e StGB. Die Abtreibung begeht also gewerbsmäßig, wer bei ihr mit dem Willen handelt, durch Wiederholung von Abtreibungen eine fortlaufende auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben. Alle aus solchem einheitlichen Erwerbswillen hervorgegangenen und von ihm geleiteten Abtreibungshandlungen stellen sich als eine rechtliche Einheit, ein Sammelverbrechen der gewerbsmäßigen Abtreibung dar. Zwar kann ein solches schon beim Vorliegen nur einer Abtreibung festgestellt werden, wenn sie in Betätigung jenes Willens begangen wird; es ist auch denkbar, daß jemand mehrere Verbrechen gewerbsmäßiger Abtreibung nacheinander begeht. Für die Annahme einer solchen Mehrheit ist aber Voraussetzung, daß der Täter den auf Erwerb aus Abtreibungen gerichteten und bereits betätigten Willen endgültig und erkennbar aufgegeben und dann später aus einem neu entstandenen gleichen Willen heraus wieder Abtreibungen begangen hat. Daß das LG. eine solche Sachlage als gegeben angesehen hätte, läßt das Urteil nicht erkennen. An den Zeuginnen Sch. und L. hat die Angekl. die Abtreibungshandlungen an demselben Tage vorgenommen. Um so mehr wäre nachzuweisen gewesen, daß das gewerbsmäßige Handeln zwischen diesen Fällen in rechtlich erheblicher Weise unterbrochen worden sei. Aber auch die Tatsache allein, daß der Fall M. zwei Jahre vor jenen zurückliegt, beweist noch nicht, daß mehrere selbständige gewerbsmäßige Handlungen in Frage kommen; jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß das LG. in dieser Richtung den Sachverhalt geprüft hätte. Waren alle drei Handlungen von demselben einheitlichen Willen umfaßt, sich durch Abtreibungen eine fortlaufende Einnahmequelle zu schaffen und zu erhalten, so hätte die Angekl. nur wegen **einer** vollendeten gewerbsmäßigen Abtreibung i. S. des § 218 Abs. 4 StGB. n. F. verurteilt werden dürfen, in der die beiden Versuchshandlungen aufgingen. Das LG. ist auch bei der Prüfung der Frage, welches der beiden Gesetze das mildeste i. S. des § 2 Abs. 2 StGB. ist, unrichtig verfahren. Es berechnet zunächst in den Fällen Sch. und M. die Mindeststrafen aus §§ 218 a. F., 43, 49 auf 1/4 statt auf 1/16 von sechs Monaten Gefängnis. Bei richtiger Berechnung hätte es also von seinem Standpunkte aus zu dem Ergebnis kommen müssen, daß in diesen Fällen das alte Gesetz das mildere sei. Aber schon der Ausgangspunkt des LG. ist falsch: Bei der Prüfung aus § 2 Abs. 2 StGB. sind nicht die an und für sich durch die verschiedenen Gesetze gegebenen Strafrahmen miteinander zu vergleichen, sondern es ist zu prüfen, welches Gesetz für den bestimmten vorliegenden Fall bei Berücksichtigung von mildernde Umstände zulassenden oder ausschließenden Tatsachen usw. für den Angekl. die mildeste Beurteilung zuläßt. Die beim Vorliegen mildernder Umstände angedrohten Strafen müssen dabei außer Betracht bleiben, wenn das Gericht wie hier verneint, daß solche vorhanden sind (RGSt. 60, 123). Es würde hier also, wenn nach dem neuen Gesetz wirklich zwei oder drei selbständige gewerbsmäßige Abtreibungsverbrechen vorlägen, die Mindeststrafe für die vollendete Tat nach beiden Gesetzen ein Jahr Zuchthaus betragen, für jeden der anderen Fälle aber nach dem neuen Gesetze viermal so hoch sein, als nach dem alten, denn nach diesem war die Ermäßigung des § 44 Abs. 4 StGB. doppelt (§ 49 Abs. 2 und § 44 Abs. 4), nach jenem nur einfach vorzunehmen; das alte Gesetz würde also das mildere sein, übrigens auch für die vollendete Tat, weil bei gleicher Mindeststrafe das neue Gesetz eine höhere Höchststrafe androht, als das alte. Wenn dagegen nach neuem Recht nur **eine** gewerbsmäßige Abtreibung anzunehmen wäre, so würde es zulässig sein, auf nur ein Jahr Zuchthaus zu erkennen, während nach früherem Recht die Annahme einer einheitlichen Handlung, auch einer fortgesetzten (RGSt. 59, 98), ausgeschlossen und nach § 74 StGB. die Erhöhung der Mindesteinsatzstrafe von einem Jahr Zuchthaus geboten gewesen wäre; die Angekl. würde also in diesem Falle auch bei Verneinung mildernder Umstände nach dem § 218 n. F. milder bestraft werden können als nach dem alten Gesetz. Wenn auch die hiernach zulässige Mindeststrafe

---

Aber man wird nicht leicht dazu kommen, anzunehmen, daß die Angekl. bei der zweiten Verübung noch unter der Einwirkung einer 2 Jahre zuvor gefaßten Wiederholungsabsicht stand. Das RG. meint mit dem von ihm aufgestellten Erfordernis des **einheitlichen Erwerbswillens** anscheinend, daß die **Neigung** zur Wiederholung bei der erneuten Verübung noch nicht aufgegeben sein darf, daß es sich also um dieselbe Neigung handelt. —

b) Zu den Fällen, in denen die Einheitlichkeit eines gewerbsmäßigen Handelns zerrissen wird, gehört nicht nur der vom RG. hervorgehobene Fall der Aufgabe des Willens, solche Handlungen zu begehen, sondern auch eine eingetretene Verurteilung. —

Zutreffend ist die Ansicht der Entsch. v. 18. Febr. 1927, daß kein Verbrauch der Strafklage eingetreten ist, wenn in einem früheren Prozeß nur ein einzelner Fall abgeurteilt wurde, wobei gewerbsmäßiges Handeln nicht in Frage kam und neuerdings eine gleichartige Handlung verfolgt wird, die gewerbsmäßig um die Zeit verübt wurde, als die früher abgeurteilte Tat vorfiel (vgl. **Löwe-Rosenberg**[2] N. 30c vor § 151). —

Bedenkenfrei ist im Urt. v. 14. Dez. 1926 die Ansicht, daß bei der Vergleichung zweier sich zeitlich ablösender Strafgesetze dasjenige maßgebend ist, welches im vorliegenden Einzelfalle die mildeste Beurteilung zuläßt, und daß bei Annahme nur **einer** gewerbsmäßigen Aburteilung unter Verneinung mildernder Umstände die neue Fassung des § 218 das mildeste Strafgesetz darstellt. —

Zur Frage des mildesten Gesetzes bringt auch RG. v. 18. Febr. 1927 einen Beitrag. Wenn § 218 Abs. 4 n. F. mit § 43 in Frage steht und mildernde Umstände angenommen werden, beträgt der Strafrahmen Gefängnis von 23 Tagen bis zu 4 Jahren 11 Mon. 29 Tagen. Wenn § 218 I a. F. mit §§ 43, 49 anzuwenden ist, beträgt der Strafrahmen Gefängnis von 12 Tagen bis zu 4 Jahren 11 Mon. 28 Tagen. Im gegenwärtigen Falle eigentlicher Mitwirkung zu einer mißglückten Abtreibung, die von der Mitwirkenden gewerbsmäßig zur Zeit des alten Gesetzes vorgenommen wurde, hat das RG. daher mit Recht das alte Gesetz für anwendbar erklärt. Unbefriedigend ist nur der Satz der Begründung: „**da die Höchststrafen nahezu gleich sind**". Die **annähernde** Gleichheit der Höchststrafen als Rechtfertigung für die Anwendung des Gesetzes mit dem milderen Mindestmaß ist schon an und für sich ein lapsus. Es kommt für § 2 Abs. 2 überhaupt zunächst nur das geringere Strafmaß in Betracht; lediglich wenn der Richter möglichst hoch hinauf gehen will, ist das niedrigere Höchstmaß entscheidend; aber nie ist entscheidend, daß die Höchstmaße **nahezu** gleich sind. Im vorl. Falle erreicht, **auch wenn** man das Höchstmaß (irrigerweise) zur Vergleichung heranziehen wollte, der § 218 I a. F. mit §§ 43, 49 nicht den Höchstbetrag, der sich nach § 218 IV n. F. mit § 43 ergibt. Es sieht fast so aus, als ob das RG. den Fall des § 2 II mit § 73 StGB. verwechselt hat, in welchem zunächst auf das höhere **Höchstmaß** zu sehen ist. Auch dann ist die bloß **annähernde** Gleichheit noch kein Grund, auf die Verschiedenheit der Mindestmaße das entscheidende Gewicht zu legen. —

Das Urt. v. 18. Febr. 1927 tritt endlich der bisherigen Rspr. bei, daß das Mindestmaß der Versuchsstrafe **keinesfalls ein Viertel** des Mindestmaßes bei Vollendung **nach unten überschreiten** soll. Der § 44 IV, dessen Sinn man kaum anders auslegen kann, läßt damit die Möglichkeit offen, daß dann ein volles Viertel der Herabsetzung nicht erreicht wird, da auf Tagesbruchteile nicht erkannt werden darf. Die praktische Folge ist, daß bei Urkundenfälschung nach § 268 Ziff. 1 unter mildernden Umständen die Mindestgefängnisstrafe von 1 Woche sich bei Versuch auf 2 Tage, nicht dagegen auf 1 Tag ermäßigt. Im vorl. Falle hat das RG. erklärt, das Mindestmaß der Versuchsstrafe für eine mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bedrohte Handlung betrage 23 Tage. Diese in der Literatur überwiegend bestrittene Ansicht des RG. (vgl. z. B. LpzKomm.[3] § 44 N. 5) erscheint dem Referenten als zutreffend.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

von einem Jahr Zuchthaus durch die verhängte Gesamtstrafe nur wenig überschritten wird, eine Beschwerung des Angekl. bei Gewerbsmäßigkeit seines Handelns also allenfalls ausgeschlossen sein könnte, so müssen doch jedenfalls schon die Zweifel an der richtigen Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit zur Aufhebung des Urteils führen.

(2. Sen. v. 2. Dez. 1926; 2 D 943/26.) [A.]

41. [a) Der gelegentlich aus Liebhaberei den Kraftwagen des von ihm geleiteten Unternehmens bei gewerblichen Fahrten steuernde Direktor übt eine Gewerbepflicht aus.

b) Berechnung der Strafantragsfrist bei einem Erfolgsdelikt (§ 223 i. Verb. m. § 230 StGB.) von dem Zeitpunkt ab, in dem der Antragsberechtigte vom Erfolge Kenntnis erlangt.]

a) § 230 Abs. 2 StGB. beruht auf der Auffassung, wer im Betriebe eines gewerblichen Unternehmens sich den nach der Betriebseinrichtung dazugehörigen Betätigungen unterziehe, habe für die dazu erforderliche Kenntnis Erfahrung und Umsicht einzustehen, die eine Vermeidung der mit solcher Betätigung verbundenen Gefahren ermögliche. Entscheidend ist also, ob die Betätigung als Ausübung des Gewerbes erfolgt. Daß die Fahrten zur Besichtigung der Filialen an sich gewerblicher Art waren, unterliegt keinem Zweifel. Wenn der Angekl. den ihm unterstehenden Betrieb so einzurichten beliebte, daß er bei Erledigung dieser gewerblichen Fahrten die Rolle des Wagenlenkers übernahm, so betätigte er sich insoweit gewerblich (RGSt. 34, 65 [66]). Als Direktor des Unternehmens war er für die Ausführung der Fahrten verantwortlich. Es konnte ihm freilich nicht zugemutet werden, daß er dazu die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten eines Kraftwagenführers besaß. Maßte er sich aber, ohne die erforderlichen Kenntnisse zu besitzen, die Ausführung der Fahrt unter eigener Lenkung des Wagens an, so übte er damit seine ihm obliegende Gewerbepflicht in dieser Weise aus (RGSt. 18, 204 [206]). Daß ihm diese Betätigung Vergnügen bereitete, und er sie deshalb „als Liebhaberei betrieb", steht dem Gesagten nicht entgegen, sondern deutet höchstens auf eine auch berufliche Neigung des Angekl. zur Lenkung von Kraftfahrzeugen hin. Ebensowenig erfordert die gewerbliche Betätigung begrifflich, daß der Angekl. den Wagen regelmäßig oder stets lenkte. In einem Urteil v. 10. Febr. 1902 hat der erk. Sen. ausgesprochen, daß ein mit derartigen Nebenverrichtungen nicht bloß ganz vorübergehend betrauter Gewerbegehilfe, wenn er bei Leitung des Fuhrwerks durch Fahrlässigkeit einen Menschen töte oder verletze, sich des Vergehens nach § 222 Abs. 2 oder § 230 Abs. 2 StGB. schuldig mache. Erst recht muß dies für denjenigen zutreffen, in dessen Hand sich die gesamte Leitung des Gewerbebetriebs vereinigt, und dem es darum obliegt, die aus den einzelnen gewerblichen Betätigungen sich ergebenden Gefahren zu überschauen und zu verhüten, mithin nur geeignete Personen zu solchen Betätigungen zu bestellen. Daß ein ganz ausnahmsweise erfolgendes Eintreten des Betriebsleiters in die Stelle des berufenen Wagenführers eine andere Beurteilung erfordern kann, z. B. wenn es sich um dessen Ersetzung im Notfalle oder um einen vorübergehenden Versuch des eigenen Könnens handelt, mag zuzugeben sein (RGE. II 4210/02 v. 21. Okt. 1902). Für eine solche Gestaltung des Falls bieten die Feststellungen der StK. indessen keinen Anhalt. Die Vornahme einer zufällig auch in den Rahmen seines Gewerbebetriebes fallenden Verrichtung bedeutet freilich in der Person des sonst nicht damit befaßten Betriebsherrn noch keine Gewerbeausübung. Arbeitet er aber in seinem Betriebe bei der Vornahme solcher Verrichtungen mit, indem er sich ihnen mit dem Willen ihrer Erledigung für den Betrieb unterzieht, so betätigt er sich insoweit ebenso gewerblich wie bei seinen sonstigen dem Betriebe gewidmeten Handlungen, gleichviel, ob ihn die Liebhaberei dazu verleitet, oder ob für jene Verrichtungen an sich besondere Personen angestellt sind oder heranzuziehen gewesen wären. Auch insoweit ist auf die Ausführungen in RGSt. 18, 204 ff. zu verweisen. Der Umstand, daß der Angekl. bei seinen Geschäftsfahrten die Lenkung des Kraftwagens „gelegentlich als Liebhaberei betrieb", schließt hiernach die Gewerbebetätigung insoweit mindestens nicht aus.

b) Die Annahme des LG., daß der Strafantrag erst am 2. Okt. 1925 gestellt worden sei, wird durch den am 1. Juli 1925 bei der Staatsanwaltschaft eingegangenen, den Antrag enthaltenden Schriftsatz v. 30. Juni 1925 widerlegt. Trotzdem würde, da die Tat am 13. Okt. 1924 begangen wurde, eine Versäumung der Antragsfrist vorliegen können. Offenbar geht die StK. davon aus, daß die Mutter des G. R. den Sturz ihres Kindes in den Straßengraben, wobei es „zunächst nur einige Quetschungen erhalten" hat, sicherlich sofort erfahren habe, und daß es auf das „spätere Sicheinstellen erheblicher Störungen des Zentralnervensystems" insoweit nicht ankomme. Die Frage, von welchem Zeitpunkt an der Berechtigte nach § 61 StGB. den Strafantrag rechtswirksam stellen kann, ist jedoch zu unterscheiden von der, wenn er ihn zur Vermeidung seines Rechts spätestens stellen muß (RGSt. 45, 128 [129]; 38, 434). Die Bedeutung des Antrags und seiner Befristung sind wesentlich negativer Natur, sofern der Berechtigte durch Verstreichenlassen der Frist bestimmen kann, daß die an sich strafbare Handlung nicht verfolgt werden soll (RGSt. 9, 390 [393]). Die Entschließung darüber kann das Gesetz ihm vernünftigerweise nicht vor Kenntnis der strafbaren Handlung zumuten; diese „Kenntnis" setzt mithin erst die Frist des § 61 StGB. in Lauf. Sie erfordert nun freilich nicht eine Gewißheit über alle Einzelheiten der Handlung, wohl aber, daß der zum Antrag Berechtigte diejenigen Tatsachen erfährt, die den objektiven und subjektiven Tatbestand der Handlung als einer strafbaren darstellen und die Verletzung seiner Person kennzeichnen (RGSt. 10, 141; RGE. III 592/08 v. 26. Okt. 1908; Entsch. d. BayObLG. 9, 412). Folgerichtig wird deshalb bei fortgesetzten Straftaten der Fristlauf erst von der Kenntnis des letzten strafbaren Teilakts an berechnet (RGSt. 40, 319 [320]). Zu beachten ist ferner, daß bei Erfolgsdelikten der Erfolg zum gesetzlichen Tatbestande der Handlung gehört, ohne Kenntnis von ihm mithin begrifflich die Kenntnis von der Straftat nicht vorliegen kann. Vorliegendenfalls kommt insoweit in Betracht, daß der § 230 vgl. mit § 223 StGB. in seinem Mischtatbestande verschiedene Begehungsformen, die körperliche Mißhandlung und die Gesundheitsbeschädigung umfaßt. Der Sturz des Nebenklägers in den Straßengraben stellte nur den für die Körperverletzung kausal werdenden Vorgang dar. Von ihm Kenntnis zu besitzen, bedeutete noch nicht die Kenntnis von der Körperverletzung. Bestand diese in zwei sowohl tatsächlich wie rechtlich zu unterscheidenden Erfolgen, nämlich — wie es den Anschein hat — in einer körperlichen Mißhandlung durch oberflächliche Quetschung der äußeren Fleischteile und in einer das Zentralnervensystem ergreifenden dauernden Beschädigung der Gesundheit, so gehören beide Erfolge und — soweit eine verständige Entschließung über die Ausübung des Rechts zum Strafantrage in Betracht kommt — vor allem der letztere zum wesentlichen Bestande der Straftat. Der Berechtigte, der nur die unbeachtliche Mißhandlung kannte, nicht aber die schwere Gesundheitsbeschädigung, besaß eben insoweit nicht diejenige Kenntnis von der Straftat und der durch sie bewirkten Rechtsgutsverletzung, die ihn in den oben erörterten Sinn zu selbständiger Beurteilung und Entschlußfassung über die Ausübung seines Rechts befähigte. Er kannte die strafbare Handlung in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung nur zu einem geringfügigen Teil, vor allem nicht die ausschlaggebende Tatsache seiner Verletzung (RGSt. 6, 47 [49 a. E.]). Die Auffassung der StK. würde dazu führen, daß bei Unfällen, bei denen der Verletzte, von einer geringfügigen Schmerzzufügung abgesehen, scheinbar „mit dem bloßen Schrecken davon kam", der Strafantrag auf die bloße Befürchtung späteren Zutagetretens schädigender Folgen sofort gestellt werden müßte, oder daß der Berechtigte, weil er sich zu solchem unbilligen Verhalten nicht entschließen kann, seiner Rechte verlustig ginge. Dem Sinn des Gesetzes wird diese Auffassung nicht gerecht. Für sie spricht auch nicht die Erwägung, daß der Täter sonst unter Umständen jahrelang mit einer Strafverfolgung rechnen mußte. Denn insoweit handelt es sich um eine Folge der Vorschriften über die Verjährung der Strafverfolgung. Die Feststellungen der StK. reichen hiernach nicht aus, darzutun, daß der Nebenkläger die Frist

des § 61 StGB. versäumt habe. Es ist aus ihnen nicht zu entnehmen, wann die verwitwete Frau R. von dem Unfall und von der durch ihn verursachten Gesundheitsschädigung ihres Kindes Kenntnis erlangt hat.

(3. Sen. v. 12. Mai 1927; 3 D 190/27.) [D.]

42. [§ 223 StGB. Wer einen hilflosen Menschen mit unzureichender Kleidung auf einen kalten Fußboden legt, macht sich einer Körperverletzung schuldig.]

Jede nicht ganz unerhebliche Minderung des ohne diese Störung bestehenden körperlichen Behagens bildet eine Körperverletzung, somit auch ein Verhalten, durch welches der Täter den Leib seines Opfers derartig der Einwirkung von Kälte aussetzt, daß der hiervon Betroffene eine nicht völlig unbeträchtliche Beeinträchtigung seines körperlichen Wohlbefindens erfährt. Dies liegt vor, da der Angekl. den hilflosen B. mit einer zur Verhütung von Erkältungen durchaus unzureichenden Kleidung auf den kalten Zementfußboden legte und dort die ganze Nacht hindurch liegen ließ. Für die Anwendung des § 223 a StGB. genügte der Umstand, daß die Behandlung des B. durch den Angekl. ihrer Beschaffenheit nach geeignet war, das Leben des B. zu gefährden. Die Tatsache, daß B. bereits zuvor eine Körperverletzung erlitten hatte, die wahrscheinlicherweise oder notwendig schon ganz allein seinen Tod herbeiführen mußte, beseitigte nicht die Gefährlichkeit der dem B. später widerfahrenen Behandlung, ließ diese vielmehr bestehen und nur nicht voll zur Auswirkung kommen, weil ihre mögliche äußerste Folge vorzeitig auf anderem Wege eintrat.

(2. Sen. v. 20. Jan. 1927; 2 D 1105/26.) [A.]

43. [§§ 224, 251 StGB. Verlust des Sehvermögens.] †)

Die Rev. ist begründet, soweit sie die Anwendung des § 251 StGB. rügt. Der Beschwerdeführer macht geltend, daß der Zeuge B. nach dem Gutachten des Sachverständigen mit dem verletzten linken Auge noch Gegenstände auf $^1/_2$ m Entfernung erkennen könne. Dies kann zwar vom RevG. nicht als Tatsache hingenommen werden, da eine dahingehende Feststellung im angefochtenen Urteil nicht getroffen ist. Allein das, was über die Folgen der Verletzung des Auges im Urteil gesagt ist, reicht nicht aus, den Verlust des Sehvermögens zu begründen. Danach hat die Sehkraft vom Überfall ab fortschreitend abgenommen, so daß sie am 19. Nov. 1926 nur noch $^1/_{60}$ der normalen Stärke betrug. Ob dieser Zustand bis zur Hauptverhandlung v. 20. Dez. 1926 sich verschlimmert oder gebessert hat oder gleichgeblieben ist, ist den Gründen nicht zu entnehmen. Dieser Beweisgrund muß deshalb ausscheiden. Der Ausspruch des Sachverständigen, daß das Auge „praktisch als erblindet“ zu bezeichnen sei, muß wohl dahin verstanden werden, daß B. mit diesem Auge allein eine Arbeit, welche das Augenlicht erfordert, nicht verrichten könne. Das steht aber dem Verlust des Sehvermögens nicht gleich. Dieses ist, wenn auch in ganz geringem Grade, auch dann noch vorhanden, wenn das Auge auf ganz kurze Entfernung Gegenstände nicht nur als dunkle Masse gegenüber dem lichten Raum wahrzunehmen, sondern als solche zu erkennen, also auch zu unterscheiden vermag (RGSt. 14, 4 und 118; 58, 173). Ein so schwaches Augenlicht würde aber eine den Gesichtssinn verlangende Arbeit so gut wie unmöglich machen. Es würde auch dem Verletzten nicht ermöglichen, sich ohne Gebrauch des anderen Auges allein zu bewegen. Denn der Boden ist beim Erwachsenen erheblich über 1 m vom Auge entfernt. Auch genügt es zum Gehen nicht, daß Hindernisse in Augenhöhe, wie Bäume, Wagen und dgl. erst auf ganz kurzer Entfernung als solche erkannt werden. Schließlich heißt es im Urteil: als erblindet im wissenschaftlichen Sinne ist das Auge noch nicht anzusehen, da es Helligkeitsunterschiede noch im gewissen Umfange wahrzunehmen vermag. Nun ist es zwar richtig, daß Lichteindrücke allein den Verlust des Sehvermögens nicht ausschließen. Aber in jenem Satz ist nicht der weitere enthalten, daß B. auf dem linken Auge nur noch Lichteindrücke hat und nicht imstande ist, mit ihm Gegenstände auf ganz kurze Entfernung zu unterscheiden. Das ist um so weniger zu unterstellen, als das Schwurgericht bei den Schlußfeststellungen den Verlust des Sehvermögens nicht mit dem Ausschluß dieser Möglichkeit, Gegenstände zu unterscheiden, begründet, sondern mit dem Ergebnis, daß das verletzte Auge „praktisch als erblindet“ zu bezeichnen sei. Danach ist es nicht ausgeschlossen, daß das Gericht bei Anwendung des § 251 StGB. von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist und den Begriff Sehvermögen verkannt hat. Da die Annahme der Verursachung einer schweren Körperverletzung das Strafmaß zuungunsten des Angekl. beeinflußt haben kann, so war das Urteil des Schwurgerichts aufzuheben. Die tatsächlichen Feststellungen mußten gemäß § 353 Abs. 2 StPO., und zwar im ganzen Umfang aufgehoben werden (RGSt. 1, 81; 2, 289; 4, 190).

(2. Sen. v. 10. März 1927; 2 D 138/27.) [A.]

****44.** [§ 227 StGB. Raufhandel. Für den Begriff der „Schlägerei“ sind wechselseitige Tätlichkeiten ein notwendiges Erfordernis.]

Das angef. Urt. nimmt „Schlägerei“ an, stellt aber nirgends wechselseitige Tätlichkeiten fest, ein notwendiges Erfordernis für den Begriff der „Schlägerei“. Der Sachverhalt ergibt vielmehr nur einen von den Angekl. auf die Gegenpartei gemachten „Angriff“. Indessen kommt es hierauf nicht wesentlich an, da, was für die „Schlägerei“ gilt, auch für den „Angriff“ gilt. Der § 227 StGB. hat zur Voraussetzung, daß durch den „Angriff“ der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Damit ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Ursache zeitlich während des Angriffes gesetzt sein und sachlich innerhalb seines Rahmens liegen muß. Nur in dieser Begrenzung ist der Satz des SchwG. richtig, daß der Tod durch den Angriff verursacht sei, wenn er ohne ihn nicht erfolgt wäre. Handlungen nach Beendigung des Angriffs fallen nicht unter den Tatbestand des § 227 StGB., auch wenn sie ohne den Angriff nicht eingetreten wären. Sonst käme man dahin, daß ein geraume Zeit später verübter Totschlag, der zur Vergeltung für eine vom Täter bei einer früheren Schlägerei erlittene Mißhandlung begangen wird, nachträglich eine harmlose Schlägerei zu einem Raufhandel machen würde, weil es ohne diese nicht zu dem Totschlag gekommen wäre. Dieses augenfällige falsche Ergebnis erweist ohne weiteres die Unrichtigkeit der Voraussetzung. Die Schlägerei war der Anlaß, aber nicht die „Ursache“ des Todes. Aus den bisherigen Feststellungen ist nicht zu ersehen, daß, als der Zeuge A. dem B. den tödlichen Schlag beibrachte, die Angekl. ihren Angriff noch fortsetzten, insbes. die Gegenpartei verfolgten oder auch nur zu verfolgen willens waren. Der Irrtum des A. und seiner Genossen nach dieser Richtung ist rechtlich belanglos. Ein tatsächlicher Irrtum kann zwar für den Täter ein Merkmal des inneren Tatbestandes ausschalten (§ 59 StGB.), aber er vermag nicht gegen einen anderen ein zum äußeren Tatbestande erforderliches, tatsächlich nicht vorhandenes Merkmal zu ersetzen. Ein solches Merkmal ist aber für § 227 StGB. der „Angriff“. Das Urt. war hiernach aufzuheben, und zwar gemäß § 357 StPO. auch zugunsten des Angekl. K., der keine Rev. eingelegt hat,

---

Zu 43. § 224 StGB. verlangt zur schweren KV. u. a. Verlust des Sehvermögens, d. h. der Fähigkeit, Gegenstände durch das Auge wahrzunehmen, also Erblindung, auf einem oder beiden Augen. Eine analoge Ausdehnung dieser Vorschrift ist nicht zulässig; Strafgesetze und namentlich auch Strafschärfungen sind als Ausnahmebestimmungen strikte zu interpretieren oder eng auszulegen. Es ist deshalb nicht statthaft, den Tatbestand der schweren KV. per analogiam auf den Fall zu erstrecken, daß das Sehvermögen zwar nicht (ganz) verloren, aber so schwer beeinträchtigt oder vermindert ist, daß die noch verbliebene geringe Sehkraft nicht mehr genügt, dem Verletzten die Ausübung seines Berufs zu ermöglichen. Untauglichkeit des Auges zu praktischer Arbeit bedeutet noch nicht Blindheit oder Verlust des Sehvermögens. Hiernach wird man dem RG. nicht Unrecht geben können, wenn es an seiner bisherigen Auffassung neuerdings festhält.

Daß die tatsächlichen Feststellungen im ganzen Umfang aufgehoben wurden, entsprach der ständ. Rechtsprechung, die dahin geht, daß innerhalb der Schuldfrage (§ 263 StPO.) eine Trennung und selbständige Prüfung eines die Strafbarkeit erhöhenden Umstands i. S. § 263 Abs. 2 StPO. rechtlich nicht möglich sei (vgl. meine StPO., 10. Aufl. 1927, § 318 Anm.; RGSt. 60, 109 und in JW. 1927, 913). OLGR. Prof. Dr. Doerr, München.

da diese Bestimmung nicht Mittäterschaft, sondern nur einen Zusammenhang i. S. des § 3 StPO. voraussetzt (RGSt. 6, 256 [260]; 25, 15 [17]; 34, 255 [258]). Es war jedoch nicht auf Freisprechung zu erkennen. Erstens wäre es denkbar, daß das SchwG. sich nur darum über die Fortdauer des Angriffs nicht ausdrücklich ausgesprochen hätte, weil es sie für rechtlich unerheblich hielt. Zweitens kommen nach den bisherigen Feststellungen gemeinschaftliche, mittels gefährlicher Werkzeuge und hinterlistigen Überfalls verübte Körperverletzungen in Frage, die, wenn Raufhandel vorläge, mit ihm in Tateinheit begangen wären und deshalb nach § 264 StPO. in diesem Verfahren abzuurteilen sind. Daher war zurückzuverweisen.

(3. Sen. v. 28. März 1927; 3 D 207/27.) [A.]

45. [§ 230 StGB.; § 19 KraftfahrzVO. Der Kraftfahrer kann sich bei einem Unfall auf seine Ungeübtheit im Fahren dann nicht berufen, wenn er, um der Lage, in der er sich befunden hat, Herr zu werden, keiner längeren Erprobung als Kraftfahrer bedurfte.] †)

Als Ursache des Unfalls hat die StK. das Entweichen von Luft aus dem Schlauch des linken Vorderrades festgestellt. Dazu führt das Urt. aus, auf welche Weise allein der Angekl. bei einer solchen Lage hätte vorgehen sollen, und daß es verkehrt und gefahrbringend gewesen wäre, zur Bremse zu greifen, zugleich aber, daß der Angekl. das bei dieser Sachlage gebotene richtige Verfahren nicht gekannt habe und als Anfänger im Kraftfahren nicht habe kennen können. Auf Grund dieser Erwägung kam die StK. zu dem Ergebnis, dem Angekl. könne weder zum Vorwurf gemacht werden, daß er nicht in jener Weise verfahren sei, noch daß er die Leitung des Kraftwagens ohne die Kenntnis davon übernommen habe, was in einer solchen Lage geschehen müsse. Darin kann indessen keine schlüssige Begründung für die Freisprechung gefunden werden. Ohne Zweifel ist ein Fahrscheinbewerber für den Verkehr auf der öffentlichen Straße nicht hinreichend vorbereitet, wenn er nicht weiß, wie er sich in dem gefahrdrohenden Falle einer Entweichung von Luft aus einem Schlauche zu verhalten habe, einem Falle, dem der Wagenführer jeden Augenblick ausgesetzt sein kann. Wenn also — wie das Urt. auf Grund der Sachverständigengutachten feststellt — nur dem langjährig erprobten Kraftwagenführer die ganz besondere Art bekannt ist, wie man sich in der fraglichen Lage zu verhalten habe, und wenn der Mangel dieser Kenntnis, wie der vorliegende Fall beweist, so verhängnisvolle Wirkungen üben kann, so müßte erwartet werden, daß sich die Unterweisung durch den Fahrlehrer hierauf erstreckte und daß der Bewerber dahin geprüft würde, ob er auf diese gefahrdrohende Lage vorbereitet sei. Ob das eine oder das andere bei dem Angekl. geschehen ist, läßt das Urt. nicht sicher ersehen, wenn auch aus dessen Bemerkung, der Angekl. habe als Anfänger das durch die Lage gebotene Verhalten nicht kennen können, dafür spricht, daß ihm nach der Annahme der StK. keine Belehrung hierüber zuteil geworden und er auch nicht darauf geprüft worden war. Obwohl aber in diesem Falle der Unzulänglichkeit der Unterweisung und der Oberflächlichkeit der Prüfung eine Hauptschuld an dem schweren Unfall gegeben werden müßte, wäre darum doch der Angekl. nicht dadurch ohne weiteres entlastet, wie die StK. angenommen hat. Denn es ist Pflicht eines jeden, der die Führung eines Kraftwagens auf der öffentlichen Straße übernimmt, sich die zu einer gefahrlosen Führung erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen zu erwerben. Die Schuld an einem Unfall, der durch seine Unzulässigkeit in der Führung entsteht, würde ihm hier allerdings nicht dann auferlegt werden können, wenn es sich um ein Versagen seiner Führung in einer ganz besonderen Lage handelte, an die der Ungeübte nicht wohl von sich selbst aus denken kann. Im vorliegenden Falle aber hat es sich um das Undichtwerden des Luftschlauchs an einem Rade gehandelt, also um eine Lage, die jedem, vom Fahrrad her wie von der Beobachtung von Pannen an Kraftfahrzeugen, bekannt ist, so daß sich bei einiger, und jedenfalls bei der pflichtmäßigen Aufmerksamkeit demjenigen, der sich auf die Führung von Kraftfahrzeugen vorbereitet, die Frage aufdrängen muß, wie er sich in dem Falle einer solchen Beschädigung zu verhalten habe. Eine Prüfung der Sache von diesem Gesichtspunkt aus konnte zu einem anderen Ergebnis führen, so daß die Aufhebung des Urt. zunächst bezüglich des Vergehens geboten ist. Bei der neuen Verhandlung wird hier auch die im angefochtenen Urt. enthaltene Unklarheit zu vermeiden sein, daß einerseits von einer „ebenen Straße" die Rede ist, andererseits aber erwogen wird, daß das zunächst eingetretene Schwanken des Wagens dem Angeklagten keine Bedenken zu machen brauchte, weil es in „der Unebenheit des Bodens" seine Ursache haben konnte. Unebenheiten der Straße — wenn diese etwa auf der fraglichen Strecke stark ausgefahren gewesen wäre — würden dem Angekl. auch Anlaß gegeben haben, unterhalb der von ihm schließlich eingehaltenen Geschwindigkeit von 40 km zu bleiben. Auch die Frage einer Übertretung nach § 19 der KraftfVO. bedarf einer neuen Prüfung. Wenn der Angekl., wie anzunehmen ist, schon vor dem Zusammentreffen mit dem Fußgänger St. und dem Radfahrer W. gemerkt hat, daß an seinem Wagen etwas nicht mehr in Ordnung sei, konnte es, auch wenn er glaubte, links an den Genannten vorfahren zu können, seine Pflicht sein, diese für alle Fälle durch ein Zeichen auf das Nahen seines Wagens aufmerksam zu machen.

(1. Sen. v. 8. März 1927; 1 D 112/27.) [A.]

****46.** [§ 230 StGB. Fahrlässigkeit. Der Kraftfahrer muß unter Umständen auch mit einem unverständigen Benehmen anderer Personen auf der Straße rechnen.] †)

(1. Sen. v. 4. Jan. 1927; 1 D 809/26.) [A.]

Abgedr. JW. 1927, 1522.

47. [§ 230 StGB. Tatsächliche Voraussetzungen für die Haftung eines Kraftfahrers bei unverständigem Benehmen einer entgegenkommenden Person.] †)

(1. Sen. v. 4. Febr. 1927; 1 D 57/27.) [D.]

Abgedr. JW. 1927, 1522.

Zu 45. Die Tatsache, daß jemand im Fahren Anfänger ist, hat verschiedene Bedeutung im Zivil- und im Strafrecht:

1. Zivilrechtlich stellt es kein „unabwendbares Ereignis" (§ 7 KraftfahrzG.) dar, wenn der Anfänger nicht weiß, wie er sich in einer gefährlichen Situation zu benehmen hat.

Am wenigsten liegt unabwendbares Ereignis dann vor, wenn es sich, wie im obigen Fall, um eine der üblichen Betriebsgefahren handelt (Entweichung von Luft aus dem Reifen).

2. Eine andere Beurteilung kann bei einem Beförderungsvertrag oder bei Gefälligkeitsfahrten Platz greifen. Wer sich wissentlich einem Anfänger anvertraut, wird in der Regel aus Unfällen, die in der mangelhaften Erfahrung des Fahrers ihre Ursache haben, Rechte nicht herleiten können (so u. a. auch in der herrschenden amerikanischen Praxis; vgl. Michigan Law Review 25, 311).

3. Eine strafrechtliche Fahrlässigkeit hingegen setzt voraus, daß der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und seiner geistigen Verfassung im Augenblick des Handelns den Erfolg voraussehen konnte (vgl. BayObLG. v. 7. Juli 1925, JW. 1925, 2793). Diese Fahrlässigkeit wird aber bei dem Anfänger in der Regel vorliegen, wenn er gegenüber einer normalen Betriebsgefahr versagt. Das Verschulden liegt dann zwar nicht in seinen mangelhaften Kenntnissen oder Erfahrungen, aber es liegt regelmäßig darin, daß er im Bewußtsein seiner mangelhaften Kenntnisse nicht ganz besonders vorsichtig fährt, insbes. mit geringster Geschwindigkeit und unter besonderer Beachtung der Signalpflicht. Wo der geübte Fahrer im Vertrauen auf seine Sicherheit das Fahrzeug laufen lassen kann, darf der Anfänger dies noch lange nicht; sonst hätte der Anfänger einen Freibrief für unvorsichtiges Fahren, was um so gefährlicher wäre, als der Unterricht in den Fahrschulen und die amtliche Prüfung naturgemäß nicht so sein können, daß alle nur denkbaren Eventualitäten berücksichtigt werden können.

Aus diesem Grunde ist der obigen Entsch. beizutreten.

RA. Dr. Martin Isaac, Berlin.

Zu 46 u. 47. Die Entsch. des RG. v. 4. Jan. 1927 (I D 809/26) und v. 4. Febr. 1927 (I D 57/27): JW. 1927, 1522 f., namentlich aber die Besprechungen von PrivDoz. Dr. Hans Peters, Breslau, Dr. Martin Isaac, Berlin, und Prof. Dr. Köhler, Erlangen, geben mir Veranlassung zu einigen Bemerkungen:

Auf keinem Gebiet der Rspr. zeigt sich die Unzulänglichkeit menschlichen Rechtsfindens mehr als dann, wenn die zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Folgen von Straßenunfällen festzustellen sind. Ist ein Kraftfahrzeug beteiligt, so zerfallen die Zeugen meist unmittelbar nach dem Unfall in zwei sich bekämpfende Gruppen: die kleinere der

48. [§§ 240, 193 StGB. Dem Täter des Vergehens, dessen Androhung den Tatbestand des § 240 StGB. erfüllen soll, darf kein Schuld- oder Strafausschließungsgrund zur Seite stehen. Die berechtigte Wahrnehmung der Interessen eines Ordens gegenüber einem Mitglied, das den Austritt erklären will, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dieses Mitglied zum Austritt befugt ist.]

Der Angekl. hat in einem Schreiben erklärt, er habe, da ihm triftige Gründe für das Ausscheiden der Empfänger aus dem Jungdeutschen Orden bisher nicht bekannt geworden seien, das Recht, so oft er das für nötig halte, sie unter Namensnennung aus erziehlichen Gründen den Ordensbrüdern als warnendes Beispiel für Wort- und Treubrüchigkeit zu bezeichnen, da sie ja dem Jungdeutschen Orden unter Anrufung Gottes unverbrüchliche Treue gelobt und sich feierlichst zu den ihnen durch die Ordensverfassung auferlegten Pflichten bekannt hätten. Den Tatbestand der versuchten Nötigung hat die StK. auf Grund der Feststellung verneint, daß sie unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Angekl. und der gesamten Sachlage zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Angekl. zum mindesten geglaubt hat, als Großmeister der „Bruderschaft P." in dem Jungdeutschen Orden durch die erwähnte Äußerung berechtigte Interessen wahrzunehmen. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Anwendbarkeit des § 240 StGB. setzt voraus, soweit er hier in Betracht kommt, daß der Täter einen anderen widerrechtlich durch Bedrohung mit einem Vergehen, hier mit dem Vergehen der Beleidigung, zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. Das Vergehen, dessen Androhung den Tatbestand des § 240 StGB. erfüllen soll, muß strafbar sein. Es darf daher bei ihm, wenn die Drohung verwirklicht wird, kein Schuld- oder Strafausschließungsgrund vorliegen (Urt. des erk. Sen. v. 16. Sept. 1926 — 2 D 581/26). Der Schuldausschließungsgrund des § 193 StGB. würde aber dem Angekl. bei Verwirklichung der Drohung zur Seite stehen, wenn er dabei, wie die StK. als erwiesen erachtet, in der Wahrnehmung berechtigter Interessen zu handeln glaubte.

Automobilfreunde und die große der hitzigen Automobilfeinde. Diejenigen Zeugen, die sich streng an die Wahrheit halten, wissen meist wenig zu bekunden. Sie haben begreiflicherweise ihre Aufmerksamkeit vor dem Unfall anderen Dingen zugewandt und nur einen Schrei oder ein Krachen gehört oder einen Zusammenstoß im letzten Augenblick gesehen. Ihnen steht die Masse der phantasiebegabten Zeugen gegenüber — von den Gerichten häufig als gute und zuverlässige Zeugen bezeichnet —, die eine genaue Vorgeschichte des Unfalls angeben; sie wollen, gleichgültig, ob sich der Unfall bei Tag oder Nacht ereignet hat, die beteiligten Kraftfahrzeuge oder Personen schon längere Zeit vor dem Unfall beobachtet und alles irgendwie Erhebliche gesehen haben. Auch die Richter können sich von einer, natürlich unbewußten innerlichen Parteinahme in solchen Prozessen meist nicht freimachen. Der Staat sorgt durch die ihnen bezahlten unerhört niedrigen Gehälter dafür, daß sie den Automobil besitzenden, ja auch nur Automobil fahrenden Volksgenossen ablehnend gegenüberstehen. In Großstädten hat sich infolge solcher Umstände ein vielleicht zu wenig beachteter scharfer Gegensatz zwischen den Anschauungen der Verkehrspolizei und denen der Gerichte herausgebildet. Namentlich in Berlin kann der Straßenverkehr ohne schwerste Störungen ordnungsgemäß nur abgewickelt werden, wenn die Lenker aller an dem Verkehr beteiligten Kraftfahrzeuge entschlossen und so schnell als irgend zulässig fahren. Fahren sie mit besonderer Vorsicht, so werden sie von den Verkehrspolizisten zu schnellerem Fahren aufgefordert. Sie haben ferner überflüssige Hupensignale zu vermeiden. Wo der Verkehr wirklich neuzeitliche Formen angenommen hat, wie etwa in Neuyork, hört in den belebten Straßen das Signalgeben auf; es wäre sinnlos, wollte bei fünf Reihen von Kraftfahrzeugen der einzelne Fahrer durch ohrenbetäubenden Lärm noch auf sich aufmerksam machen. Es ist natürlich, wenn der Gesetzgeber wie auch die Gerichte einer solchen Entwicklung nur langsam nachfolgen. Den zur Entsch. berufenen Gerichten liegt in Unfallprozessen häufig eine Aufgabe von kaum zu lösender Schwierigkeit ob. Der Angekl. ist vielleicht ein Kraftfahrer von zwanzigjähriger Erfahrung, größter Entschlußkraft und ungewöhnlichem Können. In dem Augenblick des Unfalls glaubte er die richtige Entsch. zu treffen; zur Entsch. darüber, ob sein Entschluß und dessen Ausführung fahrlässig war, sind Männer berufen, denen die Kunst des Automobilfahrens, meist sogar die Technik des Kraftfahrzeuges völlig fremd ist. Würde es sich um einen Kunstfehler bei einer ärztlichen Operation oder auch bei einem Lokomotivführer handeln, so würde das Gericht einen oder mehrere Sachverständige hören. Bei Straßenunfällen dagegen glaubt man meist von der Vernehmung von Sachverständigen absehen zu können, obwohl die eigene Sachkunde nur auf der ganz ungenauen und unzureichenden Erfahrung beruht, die der Richter als Fußgänger von dem Wesen des Straßenverkehrs und namentlich des Kraftfahrens gewonnen hat. Infolge des Mangels an Erfahrung übersicht man auch nur allzu leicht, daß besonders ängstliche und vorsichtige Fahrer leichter Unfälle verursachen als entschlossene, deren Fahrsicherheit, wenn sich einmal ein Unfall ereignet, von Nichtsachverständigen leicht als Unvorsichtigkeit angesehen wird.

Wie auch auf anderen Rechtsgebieten gelten alle diese Einwendungen mehr gegenüber der Rspr. der Instanzgerichte als gegenüber der des RG., dessen Judikatur deutlich das Bestreben und die Fähigkeit erkennen läßt, der Fortbildung des modernen Verkehrswesens und den Interessen aller Beteiligten gerecht zu werden. In der Entsch. v. 4. Jan. 1927 (I D 809/26) wird zum Ausdruck gebracht, der Kraftfahrer könne nur damit rechnen, daß auf ein gegebenes Warnungszeichen ein sachgemäßes Verhalten des anderen folge, wenn er erkannt habe, daß das Zeichen gehört und aufgenommen worden sei und wenn er aus dem darauf geschehenen Benehmen des anderen entnehmen durfte, daß sich dieser auch weiterhin verständig bewegen werde. Vollkommen zutreffend führt **Peters** in seiner Bem. zu der Entsch. aus, daß damit sicherlich nur die Berücksichtigung normalerweise eintretender Ereignisse gemeint sein könne. Fährt beispielsweise vor dem Kraftfahrer ein Radfahrer ordnungsmäßig auf der rechten Straßenseite, so ist der Kraftfahrer sicherlich nicht genötigt, so lange Signale zu geben, bis der Radfahrer sich umdreht oder sonstwie zu erkennen gibt, daß er diese Signale „aufgenommen" hat. In dem der Entsch. v. 4. Febr. 1927 (I D 57/27) zugrunde liegenden Fall ist der verletzte Radfahrer dem Kraftfahrzeug entgegengekommen. Angeblich infolge starken Gegenwindes pendelte er stark hin und her und fuhr trotz der von dem Kraftfahrer gegebenen Signale im letzten Augenblick in das Kraftfahrzeug hinein. Zutreffend vermißt das RG. in dem Urt. der StK. die Feststellung, ob der Angekl., als er den ihm auf der Straße entgegenkommenden Radfahrer bemerkte, ohne Verschulden annehmen durfte, daß derselbe den Angekl. gesehen und dessen Warnungszeichen gehört habe. Man wird wohl ergänzend bemerken dürfen, daß der Kraftfahrer im allgemeinen davon ausgehen darf, daß ein Radfahrer, der ihm auf der freien Landstraße entgegenkommt, ihn sieht, und zwar selbst dann, wenn keine Signale gegeben werden. Damit, daß jemand, der sich auf einem Fahrrad innerhalb des heutigen Straßenverkehrs bewegt, so unaufmerksam ist, daß er entgegenkommende Fahrzeuge nicht sieht, ist nicht zu rechnen. Eine Bestimmung, daß auf der Fahrbahn entgegenkommende Fahrzeuge oder Radfahrer durch Signale aufmerksam zu machen sind, besteht nicht. **Köhler** in seiner Bem. zu der Entsch. möchte die in der Entsch. v. 4. Jan. 1927 niedergelegte Ansicht des RG., daß der Verletzte das Warnungszeichen auch ersichtlich „aufgenommen" haben müsse, offenbar so streng als möglich auszulegen. Hätte der Kraftfahrer den Verletzten in dem zur Entsch. stehenden Fall von hinten überholt, so wäre **Köhlers** Ansicht zutreffend. So wie der Fall lag, konnte der Kraftfahrer annehmen, daß der verletzte Radfahrer nicht nur das Warnungssignal gehört, sondern namentlich auch das entgegenkommende Kraftfahrzeug gesehen habe. **Köhler** führt aus, der Kraftwagenführer müsse schon deshalb auch mit dem unverständigen Benehmen anderer Personen auf der Straße rechnen, weil das Publikum keine festen Verhaltungsnormen zu kennen verpflichtet sei, wie es sich gegenüber überholenden Kraftwagen zu verhalten habe. Ich glaube nicht zu weit zu gehen, wenn ich sage, daß eine solche Anschauung kaum der Widerlegung an Hand von Gesetzesparagraphen bedarf, weil sie dem gesunden Empfinden widerspricht. Wäre sie richtig, so würde ja auch in Zivilprozessen ein konkurrierendes Verschulden — soweit es hier auf Verschulden des Verletzten ankommt — nur selten eingewandt werden können. Tatsächlich ergibt sich aber auch das Gegenteil aus der Gesetzgebung. Ich verweise auf den Entwurf der „VO. über den allgemeinen Verkehr auf öffentlichen Wegen (Straßen- u. VerkO.)", abgedruckt bei **Müller**, Automobilgesetz S. 837 ff. Dieser Entwurf ist auf Grund einer Vereinbarung des Reichs mit den Ländern von diesen einheitlich zum Inhalt von Verordnungen gemacht worden, und zwar in Preußen durch Verordnungen in den einzelnen Provinzen. Die auf Grund des Entwurfs erlassenen Verordnungen enthalten in den §§ 20 ff. eingehende Vorschriften über die Pflichten der Radfahrer, in § 29 über die Pflichten der Fußgänger. Nach § 29 Abs. 2 hat der Fußgänger bei der Benutzung des Fahrweges die erforderliche Rücksicht auf den übrigen Verkehr zu nehmen. Kraftfahrer werden im allgemeinen damit rechnen dürfen, daß erwachsene Fußgänger dementsprechend handeln und daß sie sich in Großstädten an die weiter erlassenen besonderen Vorschriften über den Fußgängerverkehr halten.

In den Besprechungen von **Peters**, **Isaac** und **Köhler** kommt weniger ein Unterschied juristischer Anschauung als naturgemäß die völlige Verschiedenheit der Ansichten zum Ausdruck, die heute noch zwischen den Bewohnern der Großstadt und der Kleinstadt hinsichtlich des modernen Verkehrswesens besteht.

RA. Dr. Carl Neukirch, Frankfurt a. M.

Nach § 193 StGB. ist auch die nicht in beleidigender Absicht ausgesprochene bewußte Ehrenkränkung eines anderen straflos, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt ist. Zu prüfen war daher, welchen Zweck der Angekl. mit dem beanstandeten Schreiben verfolgt hat. In dieser Hinsicht ergeben die Urteilsfeststellungen, daß er die Adressaten bestimmen wollte, ihre Austrittserklärungen zurückzuziehen oder wenigstens nachträglich zu begründen. Damit hat er in seiner führenden Stellung als Großmeister nicht nur ein berechtigtes, sondern auch ein bei seinen verantwortlichen Beziehungen zu der „Bruderschaft“ ihn persönlich nahe angehendes Interesse wahrgenommen. Unbegründet sind die Bedenken, welche die StK. daraus herleitet, daß der Lehrer St. nach § 39 BGB. zum Austritt aus dem Orden berechtigt war, und daß der Angekl. nicht „befugt“ gewesen sei, ihm „seine Meinung über seinen Austritt zu sagen“. Weder das eine noch das andere schloß die Anwendbarkeit des § 193 StGB. aus, wofern nicht die Ehrenkränkung, wie in dem von der StK. angezogenen Fall RGSt. 46, 214, einer besonderen Verbotsnorm oder den guten Sitten zuwiderlief. Beides trifft hier nicht zu. In der berechtigten Wahrnehmung der Ordensinteressen konnte es der Angekl. für geboten erachten, die Ordensmitglieder, deren Austritt er nicht für unwiderruflich hielt, zu dem Entschluß zu bestimmen, die Ausübung des ihnen zustehenden Austrittsrechts rückgängig zu machen.

(2. Sen. v. 21. März 1927; 2 D 78/27.) [A.]

49. [§ 243 Nr. 6 StGB. Die Verbindung zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen kann sich nicht auf einen gewöhnlichen Wochenmarkt beschränken.]

§ 243 Nr. 6 StGB. setzt die Verbindung zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen voraus, die Verbindung muß daher immerhin für einen gewissen, nicht gar zu beschränkten Zeitraum eingegangen sein. Wenn auch (RGSt. 9, 296) die vorläufige Beschränkung der Verbindung auf die Dauer eines Jahrmarkts für den Tatbestand des § 243 Nr. 6 StGB. als genügend erachtet hat, so folgt daraus noch nicht, daß auch die in Frage stehende Verbindung der Angekl. mit der H. in zeitlicher Beziehung zur Annahme eines Bandendiebstahls ausreichen müßte. Denn während ein Jahrmarkt sich auf mehrere Tage, mindestens aber auf einen vollen Tag zu erstrecken pflegt, beschränkt sich ein gewöhnlicher Wochenmarkt der Regel nach nur auf die Dauer weniger Stunden. Daß etwa die genannten Frauen sich ganz allgemein zur Begehung von Diebstählen auf Wochenmärkten verbunden gehabt hätten, ist aus den Ausführungen des BU. nicht zu entnehmen.

(2. Sen. v. 19. Mai 1927; 2 D 354/27.) [A.]

50. [§ 260 StGB. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit setzt voraus, daß eine Einnahme von einer gewissen Dauer erstrebt ist.]†)

Gewerbsmäßige Hehlerei liegt vor, wenn der Täter bei der Vornahme der hehlerischen Handlung von der Absicht geleitet wurde, die Handlung zu wiederholen und aus ihrer wiederholten Vornahme sich eine Einnahmequelle zu verschaffen (RGSt. 53, 59, 155; 56, 54; 57, 367; 58, 19). Wenn auch die gewollte Erwerbstätigkeit nach der Vorstellung des Täters nicht auf eine schlechthin unbegrenzte Dauer gerichtet zu sein braucht (RGSt. 51, 97, 100), so liegt doch in dem Begriff der „Quelle“, daß eine Einnahme von einer gewissen Dauer erstrebt werden muß. Ist der hehlerische Vorsatz des Täters z. B. nur auf die Erschöpfung eines gewissen mäßigen Vorrats gerichtet, die sich in wenigen Einzelhandlungen vollzieht, so ist für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit kein Raum, weil die Möglichkeit einer Wiederholung der Einzelhandlungen mit dem Erfolge, dadurch eine fortlaufende Einnahmequelle zu erzielen, ausgeschlossen, der Wille des Täters also nicht auf einen solchen Erfolg gerichtet erscheint und deshalb die Gewerbsabsicht fehlt (RGSt. 58, 19, 20, 24). In einem solchen Falle würde fortgesetzte Hehlerei in Frage kommen. Die StK. begnügt sich zur Begründung der Gewerbsmäßigkeit mit der Feststellung, der Angekl. habe eine auf die Verschaffung von Vermögensvorteilen sich richtende Tätigkeit entfaltet, mit der Absicht, diese nicht bloß einmal, sondern fortgesetzt, wenn auch nur bei günstiger Gelegenheit, vorzunehmen. Diese Ausführungen, die möglicherweise auf einer Verwechslung der Begriffe der fortgesetzten und gewerbsmäßigen Handlung beruhen, geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Die StK. scheint Gewerbsmäßigkeit schon dann als vorliegend anzusehen, wenn die Absicht des Täters darauf gerichtet war, aus einer fortgesetzten hehlerischen Tätigkeit sich Vermögensvorteile zu verschaffen. Die auf Gewinn gerichtete Absicht ist aber unerläßliche Voraussetzung schon der einfachen Hehlerei nach § 259 BGB. Der Erschwerungsgrund der Gewerbsmäßigkeit entfällt daher, wenn zwar die Einzelhandlung von einer gewinnsüchtigen Absicht veranlaßt, der Wille des Täters aber nicht darauf gerichtet ist, sie und die in Aussicht genommenen weiteren gleichartigen Einzelhandlungen gerade deshalb vorzunehmen, um mit ihrer Hilfe eine Einnahmequelle für sich zu begründen. Bei der gewerbsmäßigen Hehlerei bildet jede Einzelhandlung nur eine Betätigung der auf Schaffung einer Einkommensquelle gerichteten Gesamtabsicht. Die Ansicht der StK., daß auch eine Einzelhandlung den Charakter der Gewerbsmäßigkeit an sich tragen kann, ist zwar rechtlich nicht

Zu 50. Zur Gewerbsmäßigkeit wird bei Olshausen[10] § 260 Nr. 2 gefordert eine auf die Erzielung von Vermögensvorteilen sich richtende Tätigkeit mit der Absicht, diese nicht bloß einmal, sondern fortgesetzt, wenn auch nur bei günstiger Gelegenheit vorzunehmen. Diese Ansicht, für die Olshausen mit Recht die gemeine Meinung als übereinstimmend anführen konnte, blieb seither unbeanstandet und ist offenbar von der Begründung des angefochtenen Urt. übernommen. Schon in RGRspr. 3, 669 war ein einheitlicher Wille des Handelnden verlangt worden, sich einen in Vermögensvorteilen bestehenden fortgesetzten Erwerb zu verschaffen. Die im Anschluß an Wendungen in der neueren Literatur daneben aufkommende Formel (vgl. z. B. RGSt. 53, 60): Der Wille, die Handlung zu wiederholen und sich aus der wiederholten Begehung der Handlung eine Einkommenquelle zu verschaffen, steht damit durchaus nicht in Gegensatz.

Es erscheint daher überspitz, wenn jetzt auf einmal die unbedingte Festlegung auf die neue Formel verlangt und gegen die alte Formel Front gemacht wird. Es ist nicht verständlich, weshalb in der hergebrachten Wendung: „eine auf Verschiebung von Vermögensvorteilen sich richtende Tätigkeit in der Absicht, diese nicht bloß einmal, sondern fortgesetzt, wenn auch nur bei günstiger Gelegenheit, vorzunehmen“ eine Verwechslung mit der Absicht aus „fortgesetzter hehlerischer Tätigkeit sich Vermögensvorteile zu verschaffen“ liegen soll. Die Worte: „fortgesetzt, wenn auch nur bei günstiger Gelegenheit“, schließen die Unterstellung aus, daß der Vorsatz des Täters „nur auf die Erschöpfung eines gewissen mäßigen Vorrats gerichtet“ war, „die sich in wenigen Einzelhandlungen vollzieht“. In RGSt. 45, 71 hat das RG. den Entschluß eines Täters, bei sich künftig bietender Gelegenheit die Straftat zu wiederholen, in diametralen Gegensatz zum fortgesetzten Verbrechen gestellt. Im vorliegenden Fall dagegen soll eine ganz gleichwertige Wendung den Verdacht einer Verwechslung mit einem fortgesetzten Verbrechen begründen.

Nicht klar ist auch die Äußerung, daß die Gewerbsabsicht in einem Falle wie dem vorliegenden einer „besonders eingehenden und einwandfreien Begründung“ bedürfe. In einem Falle wie dem vorliegenden“ kann nach der Sachlage nur bedeuten: in einem Falle, wo die Gewerbsabsicht aus der erstmaligen Verübung erschlossen werden soll. Die Möglichkeit eines solchen Falles ist vom RG. schon wiederholt anerkannt worden; vgl. die bei Olshausen[10] § 260 N. 5a angeführten Entscheidungen. Nirgends ist da von einem Erfordernis einer besonders eingehenden und einwandfreien Begründung die Rede gewesen. Würde nicht „einwandfreie Begründung“ genügen? Wozu dann die Steigerung: besonders einwandfrei? Weshalb muß ferner das RG. gerade hier eine besonders eingehende Begründung verlangen? Würde es nicht einen Bruch mit der reichsgerichtlichen Überlieferung bei der Urteilsbegründung bedeuten, wenn es sich z. B. nicht mit der kurzen Begründung begnügen wollte: der Angekl. hat glaubhaft zugegeben, daß er in der Absicht handelte, sich aus der wiederholten Verübung eine Einnahmequelle zu verschaffen? Der letzte Absatz des reichsgerichtlichen Urt. erscheint uns demnach als verfehlt. Anscheinend hat der Sen. den Fall sich vorgestellt, daß bei vieldeutigen Begriffen, wie „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, „sich zueignen“, der Nachweis ihres Vorliegens eingehende Ausführungen im Einzelfall erfordern kann. Aber aus dem vom RG. angeführten Umstand, daß eine vorherige Wiederholung der Handlung immerhin „die regelmäßige Erscheinungsform der Gewerbsmäßigkeit bildet“ folgt doch wahrhaftig nicht generell, daß die seltenere „Erscheinungsform“, wenn sie klar bezeugt ist, einer irgendwie eingehenderen Begründung bedarf.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

zu beanstanden. Da jedoch eine Mehrheit von Einzelhandlungen immerhin die regelmäßige Erscheinungsform der Gewerbsmäßigkeit bildet, so bedarf in einem Falle wie dem vorliegenden die Gewerbsabsicht einer besonders eingehenden und einwandfreien Begründung.

1. Sen. v. 4. März 1927; 1 D 145/27.) [A.]

51. [§ 263 StGB. „Kümmelblättchen" als Betrug.] †)

Beim „Kümmelblättchen" spiegelt der Bankhalter den uneingeweihten Spielern die falsche Tatsache vor, daß er stets die rote Gewinnkarte zuerst auf den Tisch legen werde, während er in Wirklichkeit statt der roten, den Mitspielern vorgezeigten Gewinnkarte die in seiner Hand verdeckt gehaltene schwarze Karte zuerst fallen läßt. Durch diesen „Trick" werden die Spieler über den Verbleib der Gewinnkarte getäuscht. Um die verlorenen Einsätze wird das Vermögen der Getäuschten beschädigt. Ausdrücklich festgestellt ist in dem angegriffenen Urteil, daß auch von den Angekl. das „Kümmelblättchen" in der dort geschilderten Art gespielt worden ist, und daß daher der Erfolg dieses (scheinbaren) Spieles, welches lediglich auf Täuschung berechnet war, nicht vom Zufall, sondern von der Fingerfertigkeit des Bankhalters abhing. Was die Rev. diesen Feststellungen gegenüber in tatsächlicher Hinsicht vorbringt, ist gemäß § 337 StPO. nicht zu beachten. Auch der 3. StSen. hat in dem Urt. v. 15. Nov. 1926 (3 D 624/26) anerkannt, daß die durch das „Kümmelblättchen" verübte sog. „Bauernfängerei" als Betrug sich darstellt, da durch das geschickte Kartenwerfen die Gewinnaussichten der harmlosen Mitspieler von vornherein vereitelt werden. Die Mittäterschaft der Angekl. hat die StK. rechtlich bedenkenfrei daraus gefolgert, daß sie auf Grund eines vorher gefaßten einheitlichen Planes bei der Ausführung des Betrugsspieles in der wichtigen Rolle der „Anreißerin" mitgewirkt und die Täuschungshandlung des Bankhalters als ihre eigene Tat gewollt, später auch den Gewinn mit den Genossen geteilt hat. Die Annahme einer bloßen Beihilfe schließt dieser Sachverhalt aus.

(2. Sen. v. 24. Jan. 1927; 2 D 1125/26.) [A.]

Zu 51. Das als „Kümmelblättchen" geübte Falschspiel ist Betrug. Die Veranstalter veranlassen zum Mitspielen durch die Vorspiegelung, die Entscheidung beruhe auf Zufall, während sie in Wahrheit das Ergebnis der Manipulationen der Veranstalter ist. Was sie erwerben ist kein Spielgewinn, sondern ein durch rechtswidrige Täuschung erstrebter Vermögensschaden. Nicht § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB., sondern § 823 BGB. bestimmt den Ersatzanspruch des Geprellten. Schwieriger ist die Frage, welche das Urt. nicht beantwortet, ob Falschspiel nur als Betrug oder als Betrug in Idealkonkurrenz mit Glücksspiel zu bestrafen ist. Der 4. StS. (RGSt. 21, 107) vertritt den ersten, der 1. StS. (RGSt. 21, 283, GA. 50, 112; RGSt. 61, 12) und der 3. StS. (RGSt. 1, 118) den zweiten Standpunkt. Die Gründe, aus denen es nicht zu einer Entsch. der VerStS. gekommen ist, sind in RGSt. 61, 16 unveröffentlicht geblieben. Ich halte die Ansicht des 4. StS. für richtig. Glücksspiel und Betrug schließen sich aus. Bei diesem ist die eingetretene Vermögensverschiebung eine zufällige, bei jenem findet sie ihre Ursache in den betrügerischen Machenschaften des Täters. Die Gegengründe in RGSt. 61, 15 f. können nicht überzeugen. Nicht ob die Parteien nach den ihnen bewußten Vertragsbedingungen spielen wollten, sondern ob sie nach der tatsächlichen Veranstaltung wirklich mit dem „Glück" gespielt haben, ist für die Beurteilung entscheidend. Nicht der durch Abschluß des Spielvertrages enthüllte Leichtsinn, sondern die im Spiel liegende Vermögensgefährdung ist der Grund der Strafbarkeit. Freilich wird praktisch der Falschspieler nicht zwangsläufig in jedem Falle den vollen Gewinn zu sich strömen lassen, sondern nur die Gewinnchancen zu seinen Gunsten beeinflussen. „Corriger la fortune" nennt das Riccaut de la Marliniere. Hier bedarf es einer wertenden Auswahl der kausalen Faktoren. Das Mittelgebiet, in dem sowohl Zufall als Betrug den Erfolg beeinflussen, fordert juristisch in gleicher Weise eine Entsch. nach der einen oder andern Seite, wie sie die Judikatur bei der Abgrenzung des Geschicklichkeitsspieles vom Glücksspiel (RGSt. 25, 192; 43, 155) mit Recht vornimmt.

Die Mittäterschaft der „Anreißerin", welche vermutlich als „Lockerin" demonstrativ viele fingierte Gewinne und seltene Verluste erzielte und sich damit an der Täuschungshandlung selbst beteiligte, ergibt sich in gleicher Weise nach der objektiven wie nach der subjektiven Teilnahmelehre.

Prof. Dr. Max Grünhut, Jena.

****52.** [§ 266 StGB. Eine Vermögensschädigung kann auch in einer Vermögensgefährdung gefunden werden. Nicht jeder Sanierungsversuch, der mit fremdem Geld unternommen wird, erfüllt den inneren Tatbestand der Untreue.] †)

Die Worte in § 266 StGB. „zum Nachteile verfügen" haben die gleiche Bedeutung, wie die Worte in § 263 das. „das Vermögen beschädigen". Danach ist aber, wenn die Verfügung auf Grund eines gegenseitigen Vertrages erfolgt ist, nach den Grundsätzen des RG. die Einwirkung der Verfügung über das einzelne Vermögensstück auf die wirtschaftliche Gesamtlage zu ermitteln; dazu sind die Werte der Leistung und Gegenleistung gegeneinander abzuwägen (RGSt. 16, 1, 6). Hiernach kann aber eine Vermögensbeschädigung bereits in einer Vermögensgefährdung dann enthalten sein, wenn nach der im Einzelfalle gegebenen Sachlage die eingetretene Gefahr eines Verlustes, also die Ungewißheit darüber, ob nicht ein Verlust entstehen werde, den Wert des Vermögens vermindert (RGSt. 16, 77, 81; 38, 266). Wird daher gegen Geld, das auf Grund eines Darlehnsvertrags gewährt wird, nur eine unsichere, hinsichtlich ihrer Einbringlichkeit gefährdete und deshalb minderwertige Forderung auf Rückzahlung des Darlehnsbetrags eingetauscht, so ist schon darin eine Verminderung des Vermögens in seinem Gesamtwerte zu finden. Maßgebend für den Eintritt einer Vermögensbeschädigung ist in allen Fällen der Zeitpunkt, in dem die Leistung und Gegenleistung ausgetauscht werden; entspricht in diesem Augenblicke der Wert der Leistung nicht dem der Gegenleistung, so ist die Vermögensbeschädigung gegeben. Diese Grundsätze hat die StK. nicht verkannt. Sowohl die StK. als auch das SchöffG. haben festgestellt, daß die Angekl. gegen die von ihnen hingegebenen Schecks über insgesamt 300 000 RM, die für die Sparkasse wegen der Sicherheit ihrer entsprechenden Forderungen gegen die Girozentrale H. „gutes Geld" waren, eine wegen der damaligen schlechten Lage des Sch.schen Unternehmens von vornherein in hohem Maße unsichere und deshalb gefährdete Forderung auf Rückzahlung des Geldes gegen Sch. eintauschten, wobei die StK. der hypothekarischen

---

Zu 52. Das Urt. rollt die grundsätzliche Frage auf, inwieweit sich ein Bevollmächtigter strafbar machen kann, wenn er ein unverantwortliches Risiko eingeht. Gegen das Urt. bestehen schwere Bedenken. Die Bedeutung des Risikos für das Strafrecht ist noch so gut wie gar nicht erforscht, auch die vorzüglichen Ausführungen von Binding: Normen IV S. 432 ff. sind nur eine erste Skizze, die Anwendung des Risikogedankens auf den speziellen Fall der Vermögensverbrechen ist aber bisher, soweit ich sehe, überhaupt noch nicht untersucht. So kann hier nur das Grundsätzliche kurz angedeutet werden.

1. Der zweite Teil des Urt. will — übrigens im Widerspruch zum ersten Teil — dem Problem mit der Figur des dolus eventualis zu Leibe rücken. Aber kann man denn sagen, daß derjenige, welcher „alles auf eine Karte setzte, mochte es biegen oder brechen" den ungünstigen Ausgang des Wagnisses gebilligt hat? Dies erscheint mir als unzulässig. Die beiden Erfolge, der nützliche und der schädliche, schließen sich doch gegenseitig aus, von einem „mit" in den Kauf nehmen, wie die Begründung sagt, kann also keine Rede sein. Binding sagt mit Recht: „Bei größtem Gefahrrisiko kann das höchste Interesse für die Vermeidung bestehen" (a. a. O. S. 435 Anm. 8). Und hier liegt doch ganz klar, daß die Angekl. einen letzten verzweifelten Versuch machten, um ihre persönliche Stellung zu retten. Der Beweggrund ihres Tuns war allerdings selbstsüchtig, aber gerade dadurch erscheint es ausgeschlossen, daß sie den schädlichen Ausgang gebilligt hätten. Wer einen letzten verzweifelten Versuch macht, seine Existenz zu retten, der billigt doch nicht das Mißlingen dieses Versuches.

Ganz klar wird dies bei Anwendung der Frankschen Formel, denn wenn die Angekl. bestimmt mit dem Mißlingen gerechnet hätten, so hätten sie die weiteren 300 000 M sicherlich nicht hingegeben. Und man kann ebensowenig sagen, daß die Angekl. die Tat auch für den Fall, daß sie den nur als möglich vorgestellten Erfolg herbeiführen werden, gewollt haben. Wenn dieser Satz des LpzKomm. (2. Aufl. S. 38) die Praxis des RG. richtig wiedergibt, so läßt sich die Entsch. vom Standpunkt dieser Praxis aus nicht rechtfertigen. Möglich wäre dies nur von der Auffassung Bindings aus (Normen II S. 863 f., hier insbes. IV S. 448), der aber sicherlich zu weit geht.

2. Aber die Begründung stellt doch die ganze Darstellung des subjektiven Momentes gar nicht auf die wesentliche objektive Seite

Sicherstellung des neuen Kredits, wie sie im schöffengerichtlichen Urteile dargestellt ist, gegenüber der Tatsache des vorhergegangenen Stillstandes des Geschäftsbetriebs und die ungünstigen Aussichten seiner Wiedereröffnung ersichtlich keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt hat. Hiernach konnte die StK. ohne Rechtsirrtum annehmen, daß das Vermögen der Sparkasse als Ganzes betrachtet, gegenüber dem Stande vor der Hingabe des Geldes durch die Verfügung der Angekl. eine erhebliche Verschlechterung erlitten hat, und daß diese Vermögensbeschädigung bereits im Zeitpunkt der Hingabe des Geldes eingetreten war. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Schecks über 300 000 RM nach dem Willen der Angekl. zur „Sanierung", nämlich zur Rettung der an sich verlorenen 500 000 RM für die Kreissparkasse L. hingegeben wurden. Denn im Zeitpunkt der Hingabe wurde die Vermögenslage der Kreissparkasse nicht schon dadurch verbessert, daß ihr durch die Gewährung der weiteren 300 000 RM die Aussicht eröffnet wurde, möglicherweise später einmal diesen Betrag und die bereits verlorenen 500 000 RM wieder aus dem Sch.schen Unternehmen „herauszuwirtschaften". Denn diese Aussicht war, wie die Urteilsgründe ersichtlich als die tatsächliche Auffassung der StK. ergeben, im Zeitpunkt der Hingabe der weiteren 300 000 RM noch eine völlig ungewisse; es handelte sich um den für die Sparkasse „mit großem Risiko verbundenen" Betrieb einer „völlig unsicheren" Fleischwarenfabrik in P., um einen „nicht völlig sicheren Industriebetrieb", und die Sparkasse hätte — wenn der Betrieb der Fleischwarenfabrik nach Maßgabe des Geschäftsvertrags v. 10. April 1925 überhaupt hätte durchgeführt werden können, ihr Geld erst in etwa zehn Jahren zurückerhalten. Unverkennbar geht daher die tatsächliche Überzeugung der StK., wenn sie dies auch nicht mit ausdrücklichen Worten erörtert hat, doch dahin, daß diese ungewisse Aussicht noch nicht als eine greifbare Verbesserung der Vermögenslage, als ein Vermögenswert in dem Sinne gebucht werden konnte, daß durch sie die Verminderung, die das Vermögen der Kreissparkasse als ein Inbegriff von geldwerten Gütern aller Art auf der anderen Seite durch die Gewährung der weiteren 300 000 RM gegen den Eintausch einer gefährdeten Gegenforderung erlitt, wieder aufgehoben wurde. Hiernach hat die StK. auch bei Würdigung der Einwirkung der Verfügung über die Forderung von 300 000 RM auf die wirtschaftliche Gesamtlage der Sparkasse nicht zu der Auffassung gelangen können, daß wegen der Erlangung der ungewissen Aussicht auf spätere Rettung der 500 000 RM keine Vermögensbeschädigung durch Hingabe der weiteren 300 000 RM eingetreten sei. Dies ist nicht rechtsirrtümlich. Wenn im Urteil der StK. ausgeführt ist, daß die Angekl. durch die Hingabe weiterer Gelder „zunächst" einmal die Vermögenslage der Sparkasse verschlechterten, so soll nach dem ganzen Zusammenhange ersichtlich damit nur gesagt sein, daß jedenfalls in dem hier allein maßgebenden Augenblick der Hingabe des Geldes diese Verschlechterung eintrat. Wären diese Gelder und die bereits früher gewährten 500 000 RM später aus dem Sch.schen Unternehmen dennoch „herausgewirtschaftet" worden, so würde dies lediglich einen die Untreue nicht berührenden nachträglichen Schadensausgleich bedeutet haben. Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß die StK. bei der Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. einen Unterschied in der Richtung gemacht hat, ob es sich um den Standpunkt von auf eigene Verantwortung tätig werdenden Großkaufleuten handelt, der bei jedem großen Geschäft einen gewissen Wagemut verlangt und ein gewisses Risiko trägt, oder um den Standpunkt der Angekl., die als Beamte einer Sparkasse und mithin als Verwalter fremden Vermögens satzungsgemäß und auf Grund ihrer Amtspflichten in der Kreditgewährung besondere Vorsicht zu üben hatten, um die Sparkasse vor Schaden zu bewahren. Hiernach tritt in der Annahme der StK., daß die Angekl. durch ihr Handeln objektiv eine Vermögensbeschädigung der Sparkasse herbeigeführt haben, ein Rechtsirrtum nicht zutage. Die weitere Annahme der StK., daß die Angekl. sich des Eintritts einer Beschädigung des Vermögens der Kreissparkasse als Folge ihrer Verfügung über die Forderung von 300 000 RM bewußt gewesen sind, dies gewollt und gebilligt haben, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete. Sie ist aber auch nicht durch Rechtsirrtum beeinflußt. Auszugehen ist allerdings davon, daß nicht bei jedem „Sanierungsversuche", der mit fremdem Gelde unternommen wird, ohne weiteres auch der innere Tatbestand einer Untreue i. S. des § 266 StGB. vorliegen wird. Er wird ausgeschlossen sein, wenn der Unternehmer nach den Umständen des Einzelfalles mit der naheliegenden Wahrscheinlichkeit rechnen darf und auch rechnet, daß der Versuch Erfolg haben, die für die „Sanierung" neu aufzuwendenden Gelder also nicht verloren sein werden. In dem hier gegebenen Falle ist indes das Gegenteil tatsächlich festgestellt. Nach den von der StK. übernommenen Feststellungenn des SchöffenG. war die Lage der Firma G. Sch. im April 1925, also zur Zeit des „Geschäftsvertrags" eine verzweifelte geworden, und dies war auch beiden Angekl. in vollem Umfange bekannt. Der von der Kreissparkasse L. gegebene Kredit von 500 000 RM (300 000 RM auf die Wechsel, 200 000 RM auf das erste Sparkassenbuch) war verbraucht worden, ohne daß eine Besserung der Verhältnisse eingetreten wäre. Im Gegenteil ging es mit der Firma immer mehr bergab. Sogar die Stadtbank R., die gleichfalls eine Forderung von über ½ Million RM an Sch. und daher auch ein Interesse an der Weiterführung seines Betriebes hatte, scheute davor zurück, noch weitere Summen aufs Spiel zu setzen: vielmehr überließ sie das Risiko des Geschäftes, wie aus § 2 des Geschäftsvertrags v. 10. April 1925 hervorging, in vollem Umfange und in seiner ganzen Auswirkunng der Kreissparkasse L. Das Gericht hat es daher als seine feste Überzeugung ausgesprochen, daß die Angekl., wenn sie jetzt, im April, zum ersten Male vor die Frage gestellt worden wären, ob sie zur Wiedergutmachung des in der „Schradenangelegenheit" entstandenen Schadens dem Sch. einen Kredit geben sollten, bei der trostlosen Lage dieser Firma am 12. April doch davor zurückgeschreckt sein würden. Nach der weiteren tatsächlichen Auffassung des Schöffengerichts, der die StK. ersichtlich beigetreten ist, handelt es sich um ein reines Risikogeschäft, bei dem die Angekl., wie beim Glücksspiel, alles auf eine Karte setzten. Sie taten dies, „mochte es biegen oder brechen, mochten auch die letzten 300 000 RM verloren sein", weil die Offenbarung der bereits eingetretenen Verluste ihrer vorgesetzten Dienststelle gegenüber ihnen ihre Ämter gekostet haben würde. Hiernach geht die tatsächliche Überzeugung sowohl des Schöffengerichtes als auch der StK. unverkennbar dahin, daß die beiden Angekl. bei der Gewährung der letzten 300 000 RM nicht mit der Wahrscheinlichkeit einer Rettung der bereits ver-

des Tatbestandes ab. Wesentlich ist zunächst nicht, wie das RG. im ersten Teil des Urt. ganz richtig ausführt, ob die darangesetzte Summe von 300 000 ℳ wirklich verloren wird (im vorliegenden Fall scheint dies noch gar nicht entschieden gewesen zu sein), sondern ob durch die Hingabe des Geldes gegen eine gefährdete Forderung schon im Augenblick der Hingabe eine Vermögensbeschädigung, eine Verminderung des Gesamtwertes eingetreten war. Es ist sehr zu bemerken, daß eine Vermögensgefährdung an sich nicht genügt, um Untreue zu begründen, aber eine Gefährdung, welche bereits den gegenwärtigen Wert des Vermögens mindert, tut das allerdings (vgl. Hellmuth Mayer: Untreue S. 165 f.). Die Begründung läßt sich nur historisch geben und kann hier nicht ausgeführt werden, die Begründung des RG. genügt allerdings nicht.

Zur praktischen Erklärung dieser anscheinend zunächst befremdlichen Stellungnahme sei bemerkt, daß damit eben diejenigen und nur diejenigen Fälle als Untreue gelten, in denen ein Spekulationsgeschäft so waghalsig ist, daß unmittelbar nach dem Abschluß schon eine Schadensersatzklage gegen den Geschäftsführer besteht, auch wenn der Ausgang der Spekulation noch ungewiß ist.

3. Darauf wäre nun die Untersuchung der subjektiven Seite abzustellen. Es kommt darauf an, ob die Angekl. diese durch Hingabe des Geldes unmittelbar entstandene Wertminderung bewußt gewollt haben. Das ist nämlich, gerade weil es sich um einen Verzweiflungsschritt gehandelt hat, durchaus nicht sicher. Waren die Angekl. sich aber nicht bewußt, daß sie bereits unmittelbar durch die Hingabe des Geldes gegen die Forderung den Gesamtbestand des Vermögens verringerten, so fehlte es am dolus. Man kann doch den dolus für diese unmittelbar entstandene Wertminderung nicht daraus herleiten, daß sie den später vielleicht einmal eintretenden Verlust gebilligt hätten, was übrigens nicht der Fall ist. Waren sie sich indes wirklich bewußt, daß durch ihre Aktion der Wert des ihnen anvertrauten

lorenen 500000 *RM* und der Abwendung eines Verlustes der weiteren 300000 *RM* gerechnet haben. Vielmehr handelten sie mit dem Bewußtsein, daß der Verlust eintreten könne; sie wollten ihn für den Fall seines Eintritts mit in den Kauf nehmen, billigten also diesen Erfolg. Dies trägt aber die Annahme eines absichtlichen Verfügens über eine Forderung zum Nachteile der Sparkasse i. S. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

(1. Sen. v. 22. Febr. 1927; 1 D 22/27.) [A.]

53. [§§ 294, 50 StGB. Daß der Gehilfe es auf die Erlangung eines dauernden Vorteils als ständige Einnahmequelle abgesehen habe, kann dadurch festgestellt werden, daß er an einem Handel teilgenommen hat, den der Täter mit den ihm aus der Tat zufließenden Mitteln finanziert hat.]†)

Im Einklang mit der reichsgerichtlichen Rspr. hat die StK. als Voraussetzung einer Beihilfe zum gewerbsmäßigen Jagdvergehen angenommen, daß der Angekl. als Gehilfe es auch seinerseits auf die Erlangung eines dauernden Vorteils als ständiger Einnahmequelle abgesehen hatte. Diese Voraussetzung sieht die StK. dadurch verwirklicht, daß der Angekl. an dem Erlöse St.s aus der unbefugten Jagdausübung selbst habe teilnehmen wollen oder daß er darauf ausgegangen sei, Nutzen daraus zu ziehen, daß St. — mit den aus unbefugter Jagdausübung fließenden Mitteln — Gewehre aufkaufen und billig an ihn, den Angekl., abgeben würde. Auf der Grundlage dieser Ausführung des angefochtenen Urt. ist die Verurteilung aus § 294 StGB. allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn die Absicht, aus dem in Aussicht genommenen Gewehrhandel einen dauernden Erwerb zu erzielen, ausreicht, um die Beihilfe des Angekl. zum Jagdvergehen St.s als eine selbst gewerbsmäßige erscheinen zu lassen. Der Nutzen, auf den der Angekl. hierbei ausgegangen wäre, steht mit dem gewerbsmäßigen Jagdvergehen St.s nur in einem mittelbaren Zusammenhange. Dies ist aber auch als ausreichend anzusehen. Denn wenn nach § 50 StGB. die hier bezeichneten besonderen Umstände beim Gehilfen vorliegen müssen, so kann nicht mehr erfordert werden, als daß die Vorteile, die dem Gehilfen aus der Beihilfehandlung erwachsen, ihm eine dauernde Einnahmequelle bieten, gleichgültig im übrigen, daß der ihm hierdurch zufließende wirtschaftliche Nutzen seiner Art nach ein anderer ist als die Vorteile, die der Haupttat selbst eigen sind.

(1. Sen. v. 22. März 1927; 1 D 208/27.) [A.]

54. [§ 341 StGB. Der Begriff der Freiheitsberaubung ist im § 341 StGB. kein anderer als im § 239 StGB. Bedeutungslosigkeit des Willens des Betroffenen.]†)

Zu Rechtsbedenken gibt die Verurteilung aus § 341 StGB. keinen Anlaß: Der Angekl. hat, als K. wegen der unzüchtigen Berührung seiner Braut die Feststellung der Person des Angekl. auf der Polizeiwache verlangte, erklärt: „Sie gehen mit zur Wache!" Er hat verlangt, daß die E. mitginge, und hat unterwegs auf sie als zu vernehmende Zeugin eingeredet. Auf der Polizeiwache hat er den K. in das Wachzimmer hineingestoßen, während die E. alsbald von ihm und M. mit dem Bemerken, sie „brauchten keine Zeugen", wieder entlassen wurde. K. wurde von ihm zurückbehalten und „die Tür hinter ihr — nämlich der E. — abgeschlossen". Erkennbar hat das Schöffengericht in dieser Behandlung des K. eine — wenngleich tatsächlich und rechtlich nicht begründete, also amtsmißbräuchliche — Festnahme des Zeugen i. S. des § 127 StPO. erblickt, da der Angekl. bewußt und gewollt die ihm übertragene staatliche Amtsgewalt dazu benutzt habe, den K. zwangsweise festzuhalten. Obwohl das LG. sich ausdrücklich den Beweisannahmen wie der Schuldfeststellung des ersten Richters anzuschließen erklärt, führt es in seinem Urteil aus, K. sei überhaupt nicht „sistiert oder festgenommen" worden. Wenn dem Satze die Bedeutung einer tatsächlichen Feststellung beizulegen wäre, so würde er sich offenbar mit der Annahme des Schöffengerichts in Widerspruch setzen, vor allem aber die Schuldfeststellung aus § 341 StGB. in Frage stellen, die das LG. auf das spätere „Zurückbehalten" des K. auf der Polizeiwache stützt. Es würde nicht ersichtlich sein, inwiefern dieses Zurückbehalten sich als „Verlängerung der Dauer" einer Freiheitsentziehung i. S. des § 341 darstellen könnte — da dies doch eine schon bestehende Freiheitsentziehung voraussetzen würde — noch inwiefern die Zurückbehaltung über den Tatbestand des § 239 StGB. hinaus den des § 341 das. erfüllt haben sollte. Die in amtlichen Räumen von einem Beamten verübte Freiheitsberaubung ist nicht darum schon notwendig eine solche nach § 341 StGB. (vgl. RGSt. 27, 287). Die Ausführungen der StK. stellen jedoch außer Zweifel, daß sie an den Feststellungen des Schöffengerichts festhält, insbes. annimmt, es habe sich bei dem Gang zur Wache keineswegs um ein einverständliches Zusammenwirken der Beteiligten als Privatpersonen gehandelt. Das LG. hebt besonders hervor, der Angekl. habe bei dem Vorfall „in bewußter Amtsausübung gehandelt" und sei in dessen

---

Vermögens schon unmittelbar durch die Hingabe des Darlehens verringert würde, so liegt Untreue an sich vor.

Allerdings käme hier noch die Frage, inwieweit etwa das Motiv, dem Auftraggeber einen höheren Gewinn zuzuführen, exkupieren kann. Doch würde diese Frage den gesteckten Rahmen überschreiten. RA. Dr. Hellmuth Mayer I, Würzburg.

Zu 53. Das vorst. Urt. geht zutreffend davon aus, daß der Gehilfe, um nach §§ 294, 49 StGB. bestraft werden zu können, gem. § 50 StGB. die Absicht haben muß, aus seiner Gehilfentätigkeit für sich eine Einnahmequelle zu erschließen (RGSt. 26, 3 — im Widerspruch, nicht im Einklang mit RGSt. 23, 278). — Auch darin ist der Entsch. beizutreten, daß der dem Gehilfen zufließende Vorteil seiner Art nach ein anderer sein kann als der Vorteil, den der Haupttäter erzielt (ebenso Niethammer in Olsh.[11] 4d zu § 50). Nur ein mittelbarer Zusammenhang zwischen dem Gewinn des Gehilfen und dem des Täters wird hier erfordert (ein solcher ist zugegeben, wenn der Wilderer mit dem Erlös des erlegten Wildes Waren gekauft und diese dem Gehilfen zu Vorzugspreisen überlassen hat). Ich würde nicht einmal einen solchen Zusammenhang für notwendig halten, sondern z. B. Gewerbsmäßigkeit des Gehilfen auch dann annehmen, wenn ein Treiber dem Wilderer wiederholt gegen feste Taxe oder gegen bestimmte Arbeitsleistung treibt, also nicht bloß dann, wenn der Lohn des Treibers in einem Teil der Beute oder des Erlöses besteht. (Ebenso Schwartz, 1 zu § 294.) Ein wenn auch nur mittelbarer Zusammenhang ist weder im Ges. ausdrücklich gefordert noch auch aus inneren Gründen zu verlangen.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. B.

Zu 54. Ich halte das Urt. nicht für geglückt. Soweit die Ausführungen des LG. zu erkennen sind, war es gar nicht erforderlich, dem an sich einfachen Fall und dem Unterurt. soviel Worte zu widmen; die Ausführung des LG. vom „Sistieren oder Festnehmen" scheint nur ungeschickt zu sein und keiner Widerlegung zu bedürfen. — Wesentlich ist, daß der allgemeine Satz, das Kernstück der Entsch., zur Freiheitsberaubung genüge die tatsächliche Unmöglichkeit der freien Willensbetätigung, gleichviel ob sich der Betroffene dieses Zustandes überhaupt bewußt ist, offensichtlich viel zu weit geht. Und auch zu diesem Satz scheint der Fall keinen Anlaß zu geben, so daß er hoffentlich als ein obiter dictum behandelt wird. Der Sachverhalt ist zu wenig klar mitgeteilt; aber ich kann mir nicht vorstellen, daß der K. sich der Festnahme durch den Wachtmeister nicht bewußt war. Nach dem RGSt. müßte der von hinten kommende Schlag auf den Kopf, der den Getroffenen betäubt, eine Freiheitsberaubung sein. — Bisher stehen sich in der Rspr. des RGSt. zwei Meinungen gegenüber. Der 2. Sen. sagt in RGSt. 7, 260, es könne nicht darauf ankommen, „ob der Eingesperrte sich der dadurch herbeigeführten Freiheitsbeschränkung überhaupt bewußt geworden ist". Der 1. Sen. aber sagt in RGSt. 33, 236, daß der, der gar nicht den Willen hat, fortzugehen, nicht der Freiheit beraubt ist, wenn ein anderer auch dieses Fortgehen unmöglich machte. Nun schließt sich der 3. Sen. dem 2. Sen. an und sagt, der 1. Sen. habe seine Entsch. gar nicht auf den angeführten Satz gebaut, so daß ein Abweichen davon unerheblich sei. Das kann ich nicht verstehen. Ich will dahingestellt sein lassen, ob nicht die Senate stets etwas anderes im Auge haben. Aber soweit ich die RGSt. 7, 260 lese, hängt damals der Satz des 2. Sen. ganz in der Luft und ist höchstens unter Würdigung des damaligen Sachverhalts — große Kürze der Festhaltung — zu verstehen. Aber bei ihm gilt, daß er nicht das Urt. trägt! Das sagt der 1. Sen. in RGSt. 33 mit dürren Worten ganz zu Recht. Umgekehrt ist der Satz des 1. Sen. derjenige, auf den das Urt. gebaut ist; daneben steht ein Hilfssatz, der in zweiter Linie und nur hypothetisch verwendet ist. Also ist die Sachlage gerade umgekehrt, als es hier der 3. Sen. sagt. GVG. 136 ist in Strafsachen obsolet geworden!

Die Auffassung des 1. Sen. entspricht der ganz allgemeinen Meinung der Schriftsteller. Manchmal wird allerdings gesagt, der Be-

ganzen Verlauf „in amtlicher Eigenschaft“ aufgetreten; es bezeichnet die spätere Zurückbehaltung des K. auf der Wache als Verlängerung der ihm zugefügten Freiheitsentziehung. Hiernach hat auch die StK. in der Erklärung des Beschwerdeführers zu K.: „Sie gehen mit zur Wache!“ einen Akt der Amtsausübung, also die Willenskundgebung gefunden, daß er sich der Person des K. kraft seiner Amtsgewalt versichere, um ihn — nötigenfalls mit Gewalt — zur Wache zu bringen. Die weitere Feststellung bezüglich der Verlängerung einer Freiheitsentziehung würde sonst keinen Sinn haben. Wenn die StK. gleichwohl — erkennbar, um dem Einwande des Angeklagten, er sei nicht Wachhabender gewesen, zu begegnen — das Vorliegen einer „Sistierung“ oder „Festnahme“ i. S. der Dienstanweisung v. 11. Okt. 1924 verneint, so handelt es sich hierbei ersichtlich um eine lediglich rechtliche Würdigung des zweifelsfrei feststehenden Sachverhalts, anscheinend beruhend auf der Erwägung, daß von einer Sistierung oder Festnahme um deswillen nicht gesprochen werden könne, weil K. auch seinerseits gewillt gewesen sei, im eigenen Interesse zur Wache zu gehen. Diese Rechtsauffassung ist unrichtig, und die StK. setzt sich, wie schon angedeutet, weiterhin mit ihr selbst in Widerspruch, verneint sie also mittelbar selbst. Der Begriff der Freiheitsberaubung ist im § 341 StGB. — wenngleich er dort auf bestimmte Fälle amtsmißbräuchlicher Eingriffe beschränkt wird — kein anderer als im § 239 das. Entscheidend ist für ihn, daß dem anderen, sei es auch nur vorübergehend, unmöglich gemacht wird, seinen Aufenthalt nach eigenem Belieben zu bestimmen oder zu verändern. Daß die als Erwiderung auf das Verlangen des K., den Beschwerdeführer zur Wache führen, von letzterem abgegebene Erklärung: „Sie gehen mit zur Wache!“ als Festnahme i. S. des § 127 StPO. gedacht war und durchgeführt wurde, ist nach dem festgestellten Sachverhalt klar. An sich lag darin rechtlich unbedenklich eine Freiheitsberaubung i. S. des § 341 StGB., wie auch das Schöffengericht angenommen hat (RGSt. 2, 292 [296 ff.]). Ob auch K. von sich aus zur Wache gehen wollte, war dabei gleichgültig. Denn für den Vergehenstatbestand nach § 239 wie nach § 341 StGB. kommt es ausschlaggebend auf den objektiven Zustand tatsächlicher Unmöglichkeit zu freier Willensbetätigung an, gleichviel, ob der Betroffene sich dieses Zustandes überhaupt bewußt wird (RGSt. 7, 259 [260]). Mag auch, wenn die Behinderung der Bewegungsfreiheit auf psychischem Zwang beruht, dieses Bewußtsein wegen der besonderen Gestaltung des Zwangsmittels notwendig sein, so gehört es doch nicht begrifflich zum Wesen des äußeren Tatbestands der Freiheitsberaubung, deren Möglichkeit auf dem Wege der Hypnose, der Betäubung oder der Vorspiegelung unbedenklich anzuerkennen ist. Daraus folgt, daß der Wille des Betroffenen für die Tatsache der Freiheitsberaubung keine entscheidende Bedeutung haben kann. Seine Belanglosigkeit zeigt sich gerade bei der polizeilichen Festnahme, bei der jede Betätigung einer Willensänderung des Festgenommenen an der Schranke des Zwanges scheitern würde. Soweit in RGSt. 33, 234 (236) vom 1. StS. eine abweichende Rechtsauffassung vertreten wird, setzt sie sich — wie der 1. StS. dort selbst andeutet — mit der vorerwähnten Entsch. des 2. StS. (RGSt. 7, 259) in Widerspruch. Das Urt. des 1. StS. beruht jedoch nicht auf jener Rechtsauffassung, da in seinem Falle irgendwelche objektive Beschränkung der Bewegungsmöglichkeit des Betroffenen sowie der Vorsatz des Täters nicht nachgewiesen war. Auch deshalb kommt eine Anrufung der VerStS. nicht in Betracht. Eine andere Frage würde es sein, ob die Einwilligung des tatsächlich seiner Freiheit Beraubten den inneren Tatbestand des Vergehens nach § 239 oder § 341 StGB. berühren würde. Dies bedarf indessen hier keiner Erörterung, da von einer Einwilligung des K. in seine Festnahme nach dem erwiesenen Sachverhalt keine Rede sein kann. Der Wille des Festgenommenen, auch seinerseits zur Wache zu gehen, um dort eine Anzeige zu erstatten oder amtliche Handlungen zu veranlassen, ist begrifflich etwas ganz anderes als die Zustimmung zu seiner Festnahme.

(3. Sen. v. 17. März 1927; 3 D 62/27.) [A.]

troffene brauche sich nicht der Freiheitsberaubung bewußt zu sein, z. B. bei Betäubung. Aber das bezieht sich nur darauf, daß ein solcher Zustand, dessen sich der Betroffene während seiner Dauer allerdings nicht bewußt ist, genügt. Sofort wird hinzugefügt, daß das Vergehen nur vorliege, wenn der Betäubte vorher oder nachher fortgehen wollte. D. h. er muß einen der Festhaltung entgegengesetzten Willen haben. Ohne den keine Freiheitsberaubung. So lehren mit voller Entschiedenheit Binding, Lehrbuch I, 98; Allfeld, Lehrbuch 443; Gerland, Strafrecht 397 und die Komm. zu § 239, Frank Nr. I u. II; Olshausen Nr. 3; Schwartz Nr. 1 (besonders entschieden) und auch Ebermayer im LeipzKomm. Nr. 2. Alle beziehen sich auf RGSt. 33, 236. So hat also der 3. Sen. die einhellige Meinung gegen sich. Wenn man sich die Frage überlegt, dann kann man auch nur der Gegenmeinung zustimmen, da sie offenbar allein einen praktischen Sinn ergibt. Ich wenigstens kann nicht einsehen, was eine Freiheitsberaubung bedeuten soll, deren sich der Betroffene gar nicht bewußt wird, die gar nicht seinem Willen entgegensteht; welcher Schaden soll denn dadurch angerichtet werden? Soweit solche Fälle strafwürdig sind, schlagen andere Tatbestände ein. — Die Darlegungen der Entsch. entbehren auch der Schärfe; der Fall der F. durch Vorspiegelung ist mir ohne das Bewußtsein des Betroffenen von der Festhaltung nicht denkbar; und nur wo die Vorspiegelung mit der Vorstellung eines Zwanges arbeitet, bindet sie einen Willen, der aber dann immer entgegengesetzt ist.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

55. [§ 351 StGB. Zum Begriffe „Geldinhalt“.] †)

Die dem Angekl. zum Verkauf übergebenen Beitragsmarken sind nicht Geld. Die Umschläge, worin er die Bogen erhielt, hatten also keinen „Geldinhalt“. Der Aufdruck, z. B. „Wert 2800 ℳ“, bezeichnete nicht einen Geldinhalt, sondern, schon nach seinem Wortlaut, eine Wertangabe. Eine ausdehnende Auslegung des im Gesetze gewählten Ausdrucks „Geldinhalt“ ist im Gebiete des Strafrechts nicht zulässig, wenn sich auch § 350 nicht auf die Unterschlagung von Geld beschränkt, und eine solche Beschränkung im allgemeinen auch nicht für den § 351 angenommen wird. Nur zur Unterstützung der sich schon aus dem Wortlaute der Gesetzesvorschrift ergebenden Notwendigkeit, den Begriff des Geldinhalts eng, nach seiner eigentlichen Wortbedeutung, auszulegen, mag auf die Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung hingewiesen werden. Das PrALR. II, 20 hatte den erschwerenden Umstand einer falschen Bezeichnung des Geldinhalts noch nicht gekannt. Erst der redigierte preuß. Entwurf eines StGes. v. 1833 stellte ihn in seinem § 691 auf mit den Worten: „oder auf den Geldfässern, Beuteln oder Paketen den Inhalt unrichtig bezeichnet“. Die Begründung dazu bemerkt: die bis dahin vorliegenden Entwürfe würden hiermit vervollständigt durch Aufnahme einer „speziellen Bestimmung wegen unrichtiger Bezeichnung der Geldbeutel usw.“; „die bei Kassenverbrechen vorkommenden Manipulationen, wie unrichtige Buchführung usw., stünden der Fälschung so nahe, daß sie von dieser häufig kaum zu unterscheiden seien“. Das PrStGB. von 1851 erhielt dann im § 325 die Vorschrift, die späterhin unverändert in das geltende deutsche RStGB. übergegangen ist. Im Schrifttum gibt Meves im Handbuch des deutschen Strafrechts von Holtzendorff 3, 996 zu der Frage eine

Zu 55. Der allgemeine Rechtsbegriff des Geldes ist im StGB. nicht festgelegt. Das RG. gibt in einem Urt. v. 11. Juli 1924 (RGSt. 58, 255) folgende Begriffsbestimmung: „Geld“ ist „jedes vom Staat oder von einer von ihm dazu ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigte, zum Umlaufe im öffentlichen Verkehr bestimmte Zahlungsmittel ohne Rücksicht auf eine Annahmepflicht“. Zum inländischen Papiergeld zählt das RG. das entsprechend den gesetzlichen Vorschriften ausgegebene sog. Notgeld. Banknoten werden unter diesen allgemeinen Geldbegriff fallen, wenn sie auch im § 149 StGB. hinsichtlich der Münzverbrechen dem eigentlichen Papiergeld gegenübergestellt werden. Verrufenes Geld, soweit es nicht noch Kassenkurs hat, fällt nicht unter den Geldbegriff, wohl aber ausländisches Geld.

Die Frage, inwieweit auch Gegenstände unter den Rechtsbegriff des Geldes fallen, denen vom Verkehr unter dem Zwange besonderer Verhältnisse ohne staatliche Genehmigung Geldeigenschaft beigelegt wird, wie dies besonders während des Ruhrkampfes vorgekommen ist, mag als z. Z. unpraktisch unerörtert bleiben.

Der Entwurf eines allgemeinen deutschen StGB. enthält sich gleich dem bisherigen Recht einer allgemeinen Begriffsbestimmung des Geldes (§ 223). Er stellt der Geldfälschung (§ 213) die milder bestrafte Wertzeichenfälschung (§ 218) gegenüber. Eine Bestimmung gleich der hier besprochenen enthält der Entwurf nicht.

LGDir. Dr. Otto Sobernheim, Berlin-Dahlem.

nicht recht klare Bemerkung, während Hälschner, Deutsches Strafrecht II, 1060 Anm. 2 unter Verweisung auf jene Stelle bei Meves bemerkt: die Fässer, Beutel, Pakete, müßten Geld enthalten, und es gehöre nicht hierher der Fall, daß sie andere Gegenstände enthielten, deren Geldwert angegeben sei. Auch nach Olshausen, StGB. Anm. 7 zu § 351 ist das Wort „Geldinhalt" streng zu verstehen. Des Zusammenhangs wegen ist noch darauf hinzuweisen, daß die Entw. zu einem neuen deutschen StGB. von 1913, 1919 und 1925 davon absehen, einzelne Erschwerungsumstände, wie sie jetzt im § 351 StGB. enthalten sind, aufzuzählen.

(1. Sen. v. 20. Mai 1927; 1 D 452/27.) [D.]

56. [1. §§ 350, 351 StGB. stehen im Verhältnis der Gesetzeseinheit.

2. Die Berufung gegen eine Verurteilung aus den §§ 350, 351 StGB. kann nicht auf die Anwendung des § 351 StGB. beschränkt werden.]

Der Angekl. ist durch das Urt. des Schöffengerichts wegen Verbrechens nach §§ 350, 351 StGB. zu Gefängnisstrafe verurteilt worden. Das BG. hat in dem jetzt angefochtenen Urt. auf Freisprechung erkannt. In der Hauptverhandlung vor dem BG. hat der Angekl. nach der Verlesung des Urt. erster Instanz folgende Erklärung abgegeben und auf Vorlesen genehmigt: „Ich unterwerfe mich dem Urt. des Schöffengerichts insoweit, als gegen mich der Tatbestand des § 350 StGB. festgestellt worden ist, und beschränke insoweit die Berufung auf das Strafmaß. Dagegen halte ich die Berufung aufrecht und fechte das Urt. an, insoweit auch die Voraussetzungen des § 351 StGB. festgestellt worden sind." Bei der Vernehmung des Angekl. zur Sache ergab sich, wie im Sitzungsprotokoll weiter beurkundet ist, der dringende Verdacht, daß er sich der Tragweite seiner Erklärung nicht bewußt gewesen sei, und er erklärte nach eingehender Befragung: „Ich halte mich nach wie vor nicht für schuldig und rechne mit meiner Freisprechung." Das BG. hat daraufhin die Schuldfrage in vollem Umfange geprüft und auf Freisprechung erkannt. Hiergegen wendet sich die Rev. der Staatsanwaltschaft. Sie macht geltend, daß der Verzicht des Angekl. auf die Berufung hinsichtlich der Schuldfrage nach § 350 StGB. rechtsgültig und unwiderruflich, und daß ein Irrtum des Angekl. über den Inhalt seiner Erklärung unbeachtlich sei. Dem Rechtsmittel ist der Erfolg zu versagen, ohne daß zu erörtern ist, ob die spätere Erklärung des Angekl. als ein Widerruf oder eine Anfechtung der früheren oder als eine Auslegung dieser Erklärung anzusehen ist. Denn die Beschränkung der Berufung war, auch abgesehen von den späteren Erklärungen, schon nach dem Inhalte der zuerst abgegebenen unzulässig. Nach § 327 StPO. unterliegt das Urt. der Prüfung des Rechtsmittelgerichts nur insoweit es angefochten ist. Damit ist an sich die Möglichkeit einer beschränkten Anfechtung eröffnet. Eine solche ist aber, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, nur dann zulässig und wirksam, wenn sich als Gegenstand der Anfechtung ein solcher Teil der Entsch. darstellt, der getrennt von den nicht angefochtenen Teilen einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist (RGSt. 42, 242). Liegt eine solche Beschränkung vor, so hat sie allerdings die Wirkung, daß sich die Prüfung des BG. auf den angefochtenen Teil der Entsch. beschränkt (RGSt. 42, 31), während die sonstige Entsch. als rechtskräftig gilt. Eine solche Trennung des angefochtenen Teils von dem übrigen Urteilsinhalt war aber im vorliegenden Falle nicht möglich. Der Angekl. hatte nach seiner ersten Erklärung die Berufung hinsichtlich des § 350 StGB. auf das Strafmaß beschränkt, während er sie, soweit er aus § 351 StGB. verurteilt war, in vollem Umfange aufrechterhielt. Wie der erk. Sen. wiederholt ausgesprochen hat (Urt. v. 8. Okt. 1926; 1 D 273/26), liegt, wenn zum Tatbestand des § 350 die straferhöhenden Merkmale des § 351 StGB. hinzutreten, nicht tateinheitliches Zusammentreffen mehrerer Straftaten vor, sondern nur ein Zuwiderhandeln gegen das im Falle des § 351 mit erhöhter Strafe bedrohte Vorgehen der Amtsunterschlagung vor (sog. Gesetzeseinheit). Es handelt sich also um einen straferhöhenden Umstand, der einen untrennbaren Teil der Schuldfrage bildet (RGSt. 60, 109; Urt. des erk. Sen. v. 12. Nov. 1926; 1 D 692/26), weil es sich bei dem Tatbestande des § 351 StGB. um das Maß der Verschuldung bei der Amtsunterschlagung handelt. Innerhalb der Schuldfrage aber ist eine Trennung der Anfechtung nicht statthaft. Das LG. war daher auch nach der ersten Erklärung des Angekl., weil diese eine unzulässige Beschränkung der Berufung in sich schloß, gehalten, die Schuldfrage in vollem Umfange zu prüfen, und es stellt daher keinen Rechtsverstoß dar, wenn es sich dieser Prüfung unterzogen hat.

(1. Sen. v. 8. März 1927; 1 D 154/27.) [A.]

---

2. Strafrechtliche Nebengesetze.

****57.** [Außerer und innerer Tatbestand der WaffVO. v. 13. Jan. 1919; § 59 StGB. Nur wenn ein Rechtsirrtum Ursache des Waffenvergehens war, ist er für den inneren Tatbestand bedeutungsvoll.]†)

Nach der ständigen Rspr. des RG. (RGSt. 59, 2 [5]) fällt unter die WaffVO. v. 13. Jan. 1919 auch der unbefugte Besitz von Waffen, die erst nach Ablauf der Ablieferungsfrist erworben worden sind. Für das Merkmal „unbefugt" kommt es nicht auf den Erwerb an, sondern allein auf den Besitz. Der Angekl. ist nach Ablauf der Ablieferungsfrist im Besitz einer Selbstladepistole betroffen worden, ohne daß ihm eine der Ausnahmen zur Seite stand, die der Regierungspräsident in Lüneburg im § 4 seiner auf Grund des § 2 Abs. 2 WaffVO. und des MinErl. v. 21. Jan. 1919 ergangenen AusfVO. v. 7. Febr. 1919 zugelassen hat. Insbes. war dem Angekl. die Führung einer Schußwaffe damals nicht von der zuständigen Behörde ausdrücklich gestattet (§ 4 Nr. 2 a. a. O.). Der Waffenbesitz war also unbefugt. Damit ist der äußere Tatbestand des § 3 Abs. 1 WaffVO. rechtlich bedenkenfrei nachgewiesen. Für den inneren Tatbestand genügt Fahrlässigkeit (RGSt. 57, 329 [330]). Diese findet die StK. darin, daß der Angekl. den Waffenschein nicht erneuert hat. Zur Entschuldigung beruft der Angekl. sich nicht auf seine abweichende Rechtsmeinung; mit dieser hat er sich nur im Strafverfahren verteidigt, sie war aber nicht die Ursache, daß er die Erneuerung des Waffenscheins unterließ. Er entschuldigt sich allein damit, daß er die Erneuerung „lediglich vergessen habe", behauptet also die Unkenntnis des unbefugten Besitzes, eines Tatumstandes (§ 59 Abs. 1 StGB.). Mit diesem Einwand kann er aber nach § 59 Abs. 2 StGB. nicht durchdringen, wenn die Unkenntnis selbst durch Fahrlässigkeit verschuldet ist. Da der Rechtsirrtum des Angekl. nicht Ursache des Waffenvergehens ist, so ist er für den inneren Tatbestand belanglos. Es sei aber doch bemerkt, daß die Meinung der StK., es handle sich dabei um einen Strafrechtsirrtum, zwar zutrifft, daß dies aber die Freisprechung noch nicht hindern würde, weil durch Art. I Nr. 3 der VO. vom 12. Febr. 1920 (RGBl. 230) die IrrtVO. v. 18. Jan. 1917 auch auf Zuwiderhandlungen gegen die WaffVO. für anwendbar erklärt worden ist. Das Urteil des erk. Sen. v. 16. Okt.

Zu 57. Der Entsch. ist im Ergebnis beizutreten.

1. Die VO. des Rats der VB. über Waffenbesitz v. 13. Jan. 1919 verfolgt den Zweck, die Bevölkerung — von Ausnahmen abgesehen — zu entwaffnen. Daraus folgt, daß auch der Besitz rechtmäßig erworbener Waffen und der Besitz erst nach Ablauf der Ablieferungsfrist erworbener Waffen den Tatbestand des § 3 der WaffenVO. erfüllt.

2. Was die innere Tatseite anlangt, so hat der Angekl. zwar gewußt, daß Waffenbesitz ohne Waffenschein verboten ist, er hat aber die Erneuerung des Waffenscheins vergessen und sich infolgedessen irrtümlich für befugt gehalten, seine Waffe weiter zu besitzen. Das Vergessen und damit der Irrtum haben auf Fahrlässigkeit beruht. — Es fragt sich, ob solche Fahrlässigkeit zur Bestrafung nach § 3 WaffenVO. genügt. Die „ständige" Rechtsprechung des RG. hat in dieser Frage geschwankt: Der 3. StS. hat in seinem Urt. v. 16. Okt. 1919 (RG. 54, 4) Vorsatz erfordert und nur erklärt, daß der Vorsatz durch die Unkenntnis des Verbots des Waffenbesitzes nicht ausgeschlossen wird. Der 5. StS. hat am 17. Juni 1921 (RG. 56, 149) geäußert, daß zur Verurteilung wegen unbefugten Waffenbesitzes auch Fahrlässigkeit genüge, sofern sich der Täter in schuldhafter Unkenntnis der auf Grund des § 2 der WaffenVO. erlassenen Ausführungsbestimmungen befinde; und der 4. StS. hat am 22. Juni 1923 (RG. 57, 330) ganz allgemein ausgesprochen, daß Fahrlässigkeit genüge. Eine Begründung gibt das RG. dabei nicht. Gleich-

1919 (RGSt. 54, 4 [5 zu 2]) galt nur für die damalige Zeit, später hat sich die Gesetzeslage geändert. Auf jenem Rechtsfehler beruht aber das Urteil nicht.

(3. Sen. v. 4. Nov. 1926; 3 D 739/26.) [A.]

58. [Zuwiderhandlung gegen die VO. über Waffenbesitz durch Ausrüstung eines Tatgenossen mit einer Waffe.]

1. Es ist feststehende Rspr., daß der Erwerb von Schußwaffen und Munition nach Erlaß der VO. über Waffenbesitz v. 13. Jan. 1919 oder nach Ablauf der Ablieferungsfrist die Strafbarkeit nicht ausschließt. Denn die VO. enthält sowohl das Gebot, Schußwaffen nebst Munition innerhalb der bestimmten Frist abzuliefern, als auch das Verbot, nach Ablauf dieser Frist solche noch im Besitz zu halten, sofern nicht eine besondere Erlaubnis hierzu erteilt ist. Die Bestimmungen bezwecken Schutz der Gesellschaft vor der aus der Verbreitung des Waffenbesitzes drohenden Gefahr. 2. Der erlaubte Besitz wird zu einem unerlaubten und strafbaren, wenn der erteilte Waffenschein entzogen oder die Frist, für welche er ausgestellt wurde, abgelaufen ist (RGSt. 60, 419). Dies ergibt sich, wenn nicht schon aus dem Wortlaut, so doch aus dem Zweck der VO. Die Entziehung des Waffenscheins kommt gerade bei solchen Personen in Frage, welche sich als unzuverlässig erwiesen oder gar vorsätzlich oder fahrlässig andere mit der Schußwaffe gefährdet haben.

(2. Sen. v. 24. März 1927; 2 D 162/27.) [A.]

59. [1. Mindestbetrag der Ordnungsstrafe aus § 70 TabStG. ist 3 RM.

2. Die Ersatzstrafe ist aus § 29 StGB. zu entnehmen.]

In § 70 TabStG. wird eine sich als Ordnungswidrigkeit darstellende Handlung mit einer Ordnungsstrafe über 150 RM bedroht, sofern der Täter nicht nach anderen Strafgesetzen eine höhere Strafe verwirkt hat. Wie sich aus Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt, stellt sich diese Ordnungsstrafe als Strafe im Rechtssinne, und zwar gemäß § 1 Abs. 2 StGB. als Vergehensstrafe dar. Ihr Mindestbetrag war daher nicht auf 1 RM, sondern auf 3 RM zu bemessen (§ 27 Nr. 1 StGB.). Unzutreffend ist die Annahme, die Ersatzfreiheitsstrafe sei dem § 378 RAbgO. zu entnehmen. Abgesehen davon, daß diese Bestimmung durch die AnpassungsVO. v. 20. Nov. 1925 — Nr. 7 — (RGBl. 389) gestrichen ist, kommen die materiell-rechtlichen Vorschriften der RAbgO. gemäß § 453 das. — vgl. auch III. SteuerNotVO. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. 74) Art. VIII § 57 Abs. 3 — bis zu einer Anpassung des TabStG. an die RAbgO. überhaupt nicht zur Anwendung. Die Ersatzstrafe war vielmehr nach § 29 StGB. festzusetzen.

(3. Sen. v. 16. Mai 1927; 3 D 30/27.) [D.]

60. [§ 28 sächs. SchulbedarfsG. v. 31. Juli 1922; §§ 223, 340, 53 StGB. Züchtigungsrecht des Lehrers, wenn nach der Landes-Schulgesetzgebung die körperliche Züchtigung von Schülern unzulässig ist? Bedeutung des Irrtums hierbei.] †)

Der Angekl., der als ständiger Zeichenlehrer an einer öffentl. Volksschule in L. (Freist. Sachsen) angestellt ist, hat im Sept. 1924 den damals 11 Jahre alten Schüler Gottfried St. durch zwei Ohrfeigen gezüchtigt. Er hatte nach Schluß des Unterrichts die Knaben zum gemeinsamen Verlassen des Schulzimmers antreten lassen. Hierbei warf ihm der genannte Schüler zwei- oder dreimal Brotkrümchen an den Kopf. Da der Angekl. den Täter nicht sofort feststellen konnte, hielt er die letzten Schüler im Zimmer zurück und gab dem St., den er als Werfer ermittelte, zwei Ohrfeigen. Das BG. hat den Angekl. wegen Körperverletzung im Amte zu einer Geldstrafe verurteilt. Der Rev. kann der Erfolg nicht versagt werden. Zutreffend geht das LG. von § 28 Abs. 1 S. 2 sächs. SchulbedarfsG. aus. Diese zweifellos als Rechtsvorschrift anzusehende Vorschrift bestimmt, wie dem Angekl. bekannt war, daß körperliche Züchtigung der Schüler unzulässig ist. Danach liegt, sofern der Angekl. in seiner Eigenschaft als Lehrer gezüchtigt hat, eine rechtswidrige Körperverletzung im Amte nach §§ 340, 223 StGB. vor. Dem Urt. ist auch darin beizutreten, daß dem Angekl. die Vorschrift in § 233 StGB. nicht zur Seite steht. Legt auch der Beamte in seiner amtlichen Tätigkeit nicht seine allgemeinen Staatsbürgerrechte ab, so erwachsen ihm doch die besonderen Amtspflichten. Er darf nach § 340 StGB. in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes keine vorsätzliche Körperverletzung begehen. Auf dieses Sonderdelikt ist nach der positiv-rechtlichen Gestaltung § 233 StGB. unanwendbar. Das hat das RG. in ständiger Rspr. (RGSt. 6, 436; 12, 226) angenommen, und es liegt kein Anlaß vor, von dieser Auffassung abzugehen. Auch auf § 53 StGB. kann sich der Angekl. nicht berufen. Denn der Angriff des St. auf seine Ehre war zur Zeit der Züchtigung beendet, ein weiterer war nicht zu erwarten. Es handelte sich also nicht um die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs. Bedenken ergeben sich jedoch in anderer Richtung: Das LG. führt aus, es sei gleichgültig, ob der Angekl. die Zustimmung der Eltern des Schülers nach Lage des Falles habe annehmen dürfen und angenommen habe, weil das Verbot jeder körperlichen Züchtigung einer solchen selbst dann entgegenstehe, wenn die Eltern den Lehrer ausdrücklich zum Schlagen ermächtigt hätten. Diese Ausführung deutet darauf hin, daß der Angekl. sich auf die Zustimmung der Eltern berufen hat. In dieser Richtung bedarf der Fall noch der weiteren Prüfung. Es ist zwar richtig, daß der Lehrer, wenn er die Schulzucht handhabt, öffentliche Gewalt ausübt und daß er, wenn er in seiner Eigenschaft als Lehrer züchtigt, den schulgesetzlichen Rechtsvorschriften unterworfen ist, und die Nichtachtung dieser ihn dienstrechtlich strafbar macht. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß ihm andere Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen, insbesondere, daß er das Erziehungsrecht der Eltern auf Grund einer Übertragung für diese ausüben kann. Nach der Rspr. des RG. (RGSt. 4, 98; 33, 32; Urt. des erk. Sen. v. 4. Mai 1921 — 1 D 1788/20 —) ist zwar ein abgeleitetes Züchtigungsrecht in dem Sinne, daß allgemein Erwachsene ohne Rücksicht auf das Einverständnis der Eltern, Kinder, die von ihnen bei Vergehen oder Ungehörigkeiten betroffen werden, züchtigen dürften, dem geltenden Rechte fremd. Es kann auch ein solches Recht nicht dann anerkannt werden, wenn Eltern pflichtgemäß ihrerseits eine solche Züchtigung vornehmen müßten. Das Züchtigungsrecht der Eltern fließt aus dem elterlichen Erziehungsrechte, das als ein höchst persönliches und daher unveräußerliches anzusehen ist. Aber dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Handhabung des Züchtigungsrechtes von den Eltern einer anderen Person, sei

---

wohl ist die letztgenannte Auffassung richtig, da es sich um ein reines Polizeidelikt handelt. Von diesem Standpunkt aus ist die Verurteilung gerechtfertigt, ohne daß die Frage geprüft werden muß, ob hier ein Tatsachenirrtum oder ein Rechtsirrtum, und dabei wieder ob ein Strafrechtsirrtum oder ein außerstrafrechtlicher Irrtum vorliegt.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

Zu 60. Die Züchtigung fremder Kinder gehört zu den Fällen, deren strafrechtliche Wertung eigentlich sehr rasch erledigt sein könnte. Entweder schaltet man um der staatlichen Monopolstellung willen die strafende Erziehungshilfe des einzelnen aus und verwirft sie als „maßlosen Rachetrieb“ oder dergleichen. Oder man stellt den Erziehungszweck voran und erkennt, daß die ihm dienenden, ihm mehr nützlichen als abträglichen Handlungen primär dem Rechte entsprechen. Es sollte nicht mehr bestritten werden, daß das zweite Glied der Alternative weit stärker als das erste mit dem natürlichen Rechtsgefühl in Einklang steht. Wer eine Rüpelei eigenhändig durch eine körperliche Zurechtweisung ahndet, zählt nach allgemein menschlichem Urteil keineswegs zu den Vertretern einer Zivilisation zweiter Klasse. Der Satz Schopenhauers, daß das Prügeln der menschlichen Natur ebenso entspricht wie dem Hornvieh das Stoßen, darf als urwüchsig-volkstümliche Anschauung breiteste Geltung beanspruchen.

Demnach wäre auch im vorl. Falle primär die Rechtmäßigkeit zu bejahen. Auch die LSchulG. können niemals als dem Sinne des Rechtes konform gelten, wenn sie mit dem Züchtigungsverbot die völlige Wehrlosigkeit des Lehrers sanktionieren wollen. Ihr Sinn wäre dahin zu erfassen, daß erst die Ausnahme, also die Züchtigung verboten sein soll, die aus anderen Motiven und mit sichtbar anderem Erfolge vorgenommen ist, als es der Erziehungsgedanke auch rechtlich zuläßt.

Doktrin und Praxis marschieren gerade auf dem Gebiete des Strafrechts mitunter weit langsamer als die einfachsten Forderungen des natürlichen Rechtsgefühls. Das zeigt das vorl. Urt. wieder einmal mit großer Deutlichkeit. Ein elfjähriger Schüler, der seinem

es unter Einschränkung auf gewisse Fälle oder Zuchtmittel, sei es zur Ausübung nach eigenem Ermessen, übertragen werden kann (RGSt. 33, 33). Ist das geschehen, so handelt es sich weder um einen Akt der Schulzucht noch um eine Geschäftsführung ohne Auftrag im vermuteten Einverständnis der Eltern, sondern um die Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechtes auf Grund der Übertragung seiner Ausübung. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Eltern nicht auch dem Lehrer ihres Sohnes im Interesse der Erziehung die Ausübung *ihres* Züchtigungsrechtes sollen übertragen dürfen. Auch wenn sich ein Lehrer, der nach erfolgter Ermächtigung durch die Eltern einen Schüler züchtigt, dienstrechtlicher Ahndung aussetzen kann, weil er damit gegen die Schulordnung verstößt, so kann doch jedenfalls strafrechtlich in der Ausübung eines übertragenen elterlichen Züchtigungsrechts eine *rechtswidrige* Körperverletzung nicht erblickt werden (vgl. GA. 69, 145). Das sächs. SchulbedarfsG. will und kann aber nicht die *Übertragung* des elterlichen Erziehungsrechts auf den Lehrer verbieten. Diese Übertragung verstößt daher auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB. Nur die *Ausübung* dieses Züchtigungsrechtes *in der Schule* kann als auch von ihm verboten erachtet werden. Ein Verstoß gegen ein Verbot solchen Inhalts aber macht, wie erwähnt, nur dienstrechtlich strafbar, läßt die Rechtmäßigkeit der Züchtigung selbst auf Grund des übertragenen Züchtigungsrechts bestehen und nimmt damit dieser die Natur einer widerrechtlichen Körperverletzung. Wie bereits dargelegt, geben die Gründe des Berufungsurteils der Annahme Raum, daß sich der Angekl. auf das Einverständnis der Eltern berufen hat. Dafür spricht auch die bei der Erörterung des Strafmaßes gemachte Bemerkung, der Vater des Schülers habe dem Angekl. erklärt, er habe das recht gemacht, er (der Vater) fühle sich durch die Züchtigung seines Sohnes nicht beschwert. Bei dieser Sachlage wird zu prüfen sein, ob der Angekl. nicht als Lehrer hat strafen, sondern ein übertragenes Züchtigungsrecht des Vaters hat ausüben wollen, und weiter, ob er hierzu ermächtigt war, oder ob Anhaltspunkte gegeben waren, aus denen er das Einverständnis des Vaters mit einer Züchtigung in dessen Vertretung angenommen hat oder doch annehmen konnte. Hätte der Angekl. aus vorliegenden Anhaltspunkten irrtümlich eine Ermächtigung der Eltern angenommen, so würde es sich nicht um die irrtümliche Annahme eines Züchtigungsrechts des Lehrers, sondern um einen Irrtum über ein vom Recht in bestimmtem Umfange anerkanntes Züchtigungsrecht, nämlich das des Vaters, und über die Übertragung seiner Ausübung an ihn handeln; dieser aber würde als ein außerstrafrechtlicher anzusehen und zu beachten sein (§ 59 StGB.). Sollte dem Angekl. bei der Annahme des Einverständnisses Fahrlässigkeit zur Last fallen, so könnte fahrlässige Körperverletzung in Frage kommen.

(1. Sen. v. 8. Febr. 1927; 1 D 768/1926.) [D.]

61. [§ 11 *AuswanderungsG. Tatbestand der konzessionspflichtigen Vorbereitung eines Beförderungsantrags.*] †)

Nach § 1 RGes. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 bedarf derjenige, der die Beförderung von Auswanderern nach außerdeutschen Ländern betreiben will (Unternehmer) hierzu der Erlaubnis. § 11 des Ges. bestimmt, daß, wer bei einem Betriebe der im § 1 bezeichneten Art durch Vorbereitung, Vermittelung oder Abschluß des Beförderungsvertrags gewerbsmäßig mitwirken will (Agent), hierzu ebenfalls der Erlaubnis bedarf. Die Strafvorschrift des § 45 RG. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 hat das BG. gegen den Angekl. auf Grund folgenden Sachverhalts zur Anwendung gebracht: Nachdem die Firma W. von der C.-Linie ersucht worden war, sich mit den fraglichen Passagieren in Verbindung zu setzen, hat der Angekl. an die Auswanderer geschrieben und ihnen auseinandergesetzt, welche Papiere sie sich zu besorgen hätten usw. Nach deren Beschaffung hatten sich dann die Auswanderer bei der Firma W. zu melden, damit ein passender Dampfer der C.-Linie ausgesucht und ein Platz darauf belegt wurde. Damit wurde erst, wie die StK. ohne Rechtsirrtum annimmt, der endgültige Beförderungsvertrag mit der C.-Linie abgeschlossen. Zum Zustandekommen dieses schriftlich abzuschließenden Vertrages, auf Grund dessen der Unternehmer nach § 22 des Ges. einen Auswanderer erst befördern darf, hat der Angekl. durch seine Tätigkeit mitgewirkt. Durch den Prepaidvertrag, wonach der Prepaidkäufer im Auslande einer Schiffahrtsgesellschaft eine bestimmte Geldsumme mit dem Auftrage überweist, sie auf den Überfahrtspreis anzurechnen, welcher demnächst von einem näher bezeichneten Passagier bei Abschluß des Beförderungsvertrages zu zahlen ist, erlangt der Passagier noch keinen Anspruch auf Beförderung, sondern nur auf Abschluß des Beförderungsvertrages. Der Besitz des Prepaids schließt daher die Möglichkeit einer Mitwirkung zur Beförderung der Prepaidsinhaber nach Amerika nicht aus. Der Begriff der Vorbereitung wird durch jede Tätigkeit erfüllt, die den demnächstigen Abschluß des Beförderungsvertrags zum Zwecke hat (RGSt. 33, 366, 369). Eine derartige Tätigkeit hat das angegriffene Urt. bedenkenfrei festgestellt. Vgl. auch RGSt. 33, 85, 89, wo insbesondere dar-

---

Lehrer im Schulzimmer mehrere Male Brotkrumen an den Kopf wirft, erlaubt sich ein derartiges Übermaß an Ungezogenheit und Störung jeglicher Disziplin, daß eine augenblickliche Wiederherstellung der selbstverständlichen Grundlagen eines geordneten Schulunterrichts herausgefordert wird. Der Lehrer verabreicht dem Jungen zwei Ohrfeigen, die ohne irgendwelche Schädigungen geblieben sind. Er tut dies unleugbar gerade in seiner Eigenschaft als Lehrer; denn als Lehrer ist es ihm um die Aufrechterhaltung seiner Autorität zu tun. Nur gewisse parteipolitische Maximen können das Bravo für dieses Vorgehen niederschreien. Zahllose Male geschehen solche Korrekturen jugendlicher Flegelei. Die Schüler empfinden sie als gerecht; die Väter — wie auch in unserem Falle — fühlen sich durch das energische Durchgreifen des Lehrers „nicht beschwert". Dennoch ist die rechtliche Lage vorwiegend die, daß sich der Richter auf einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund mühsam besinnen muß und ihn sehr häufig erst in der RevInst. findet. Ganz offensichtlich will das RG. dem Angekl. helfen. Warum? Doch wohl deshalb, weil es von vornherein eine Bestrafung nicht als gerecht empfindet, weil es also m. a. W. der natürlichen Rechtsauffassung des einzelnen Rechnung trägt. Was nun der einzelne als „selbstverständlich", als „natürlich" und daher als die Regel ansieht, das ergibt sich für das Gericht bestenfalls als konstruierte Ausnahme. *Das Verhältnis von Recht zu Unrecht und von Schuldfreiheit zu Schuld ist sonach umgekehrt.*

Der Angekl. erscheint hier zunächst belastet, da seine Handlung den Tatbestand der §§ 340, 223 StGB. erfüllt. M. E. ist die höchst zweckgebotene und zweckentsprechende mäßige Züchtigung überhaupt keine „Mißhandlung" i. S. dieser Paragraphen. Ebenso vor allem *Frank*, Vorbem. z. 17. Abschn. II 1. Doch weder die Dogmatiker noch die Richter schätzen es, mit der Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit gleich aller weiteren sorgsamen Schritte enthoben zu sein. Es könnte Aufrechenbarkeit nach § 233 StGB. in Frage kommen. Dem Lehrer als Beamten soll sie versagt sein. Das befremdet und entspricht sicherlich nicht dem Reformgedanken, wie er im Entw. v. 1919 (Denkschr. 239) und im Amtl. Entw. v. 1925 § 288 Abs. 4 zutage tritt. Daß im vorl. Falle Notwehr nicht gegeben ist, trifft zu; aber auf diese Möglichkeit wäre der Nichtjurist wohl kaum jemals verfallen. Nun könnte vielleicht die „an sich" bejahte Rechtswidrigkeit der Züchtigung durch einen Rechtfertigungsgrund wieder beseitigt werden. Die Literatur hat hier schon viele Zweifel geäußert und dann die Zweifel weitergeschoben. Diesmal grüßt uns die altbekannte Konstruktion einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie ist durchaus unstrafrechtlich und ziemlich undurchsichtig. Daß sie auch unwahr sein kann, zeigt das vorl. Urt.: damit ihm Hilfe zuteil werde, muß sich der Lehrer geradezu hineinreden in die Auffassung, er habe *nicht* als Lehrer strafen wollen. Letzten Endes muß sogar das in unserem Recht am schlechtesten geregelte und daher umstrittenste Mittel aushelfen, der Strafrechtsirrtum. Alles zu dem einen Zwecke, daß der Angekl. die Klippen voller Tücken und Gefahren glücklich umschiffe, an denen ihn sein persönlicher Mut und sein einfaches Rechtsbewußtsein schon längst vorbeigeführt hatten! Wieder einmal — so dürfen wir unseren Eindruck zusammenfassen — hat sich ein Angekl. die Sympathien der RevInst. mit Erfolg erkämpfen können. Möge in Zukunft das klare Gesetzeswort für eine raschere und sichere Abhilfe sorgen! Ansätze, nicht mehr, lassen sich in den jüngsten Entwürfen erblicken. Der Löwenanteil wird danach immer noch der Zivilcourage des einzelnen zufallen.

Dr. *Helmut Endemann*, Heidelberg.

Zu 61. Die Entsch. ist — soweit es sich auf Grund des mitgeteilten Sachverhaltes beurteilen läßt — zutreffend. Sie entspricht der bisherigen Rspr. Begriff und Bedeutung des Prepaidvertrages sind ausführlicher als in der obigen Entsch. und den darin zit. Urt. dargelegt in RGSt. 43, 380 („diese Prepaids werden gewöhnlich von bereits nach Amerika ausgewanderten Personen gekauft, die auf sie ihre in der Heimat zurückgebliebenen Verwandten oder Bekannten

auf hingewiesen ist, daß es zu Verhandlungen wegen Sicherung und Belegung eines Platzes unter allen Umständen der Mitwirkung eines zugelassenen Agenten bedarf. Vermittelt hat der Angekl. den Abschluß des Beförderungsvertrages, indem er die Auswanderer mit der Schiffahrtslinie in Verbindung gebracht hat.

(2. Sen. v. 4. Juli 1927; 2 D 395/27.) [D.]

II. Verfahren.

62. [§ 40 StPO. Ladung eines nach Berufungseinlegung ausgewanderten Angekl. zur Berufungshauptverhandlung.]†)

Nachdem der Angekl. Berufung eingelegt hatte, ist er nach Amerika ausgewandert. Infolgedessen wurde er zur Berufungsverhandlung nach § 40 Abs. 2 StPO. öffentlich geladen. In dieser blieb er aus. Da er vom SchöffG. zu einer Gefängnisstrafe von fünf Monaten verurteilt worden ist, war eine Vertretung nicht zulässig (§§ 232 ff. StPO.). Durch seinen Verteidiger ließ er, wie das angefochtene Urteil angibt, mitteilen, „daß er von dem Termin Kenntnis habe und nicht erscheinen würde, so daß die Befolgung der für Zustellungen im Auslande bestehenden Vorschriften voraussichtlich erfolglos sein würde (§ 40 StPO.)". Darauf wurde die Berufung auf Grund des § 329 StPO. verworfen. Die Rev. bemängelt die Ordnungsmäßigkeit der Ladung, weil die Befolgung der für Zustellungen im Ausland bestehenden Vorschriften weder unausführbar, noch voraussichtlich erfolglos gewesen sei. Dabei übersieht aber der Verteidiger, daß dies keine Voraussetzung für die Anwendung des § 40 Abs. 2 — im Gegensatz zum Abs. 1 — StPO. ist. Hier wird nur erfordert, daß die Zustellung an den Angekl. nicht in der vorgeschriebenen Weise im Deutschen Reiche bewirkt werden kann. Diese Voraussetzung war erfüllt, da sich der Angekl. damals in Amerika aufhielt.

(3. Sen. v. 30. Juni 1927; 3 D 265/27.) [D.]

---

nach Amerika nachkommen lassen"). Der Ansicht des RG., durch Kauf eines Prepaids werde noch kein Beförderungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Auswanderer geschlossen, vielmehr komme die Einigung über alle wesentlichen Punkte des Vertrages (§ 154 BGB.) erst mit der Aushändigung der Schiffskarte zustande, dürfte beizupflichten sein — immer vorausgesetzt, daß sich aus dem Inhalt der schriftlichen Vereinbarungen nichts anderes ergibt. Hieraus folgt, daß die Tätigkeit des Angekl. zeitlich vor dem Vertragsschlusse lag, ihn vorbereitete und daher unter §§ 11, 45 AuswG. fiel.

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 62. § 40 Abs. 1 StPO. gilt für den Beschuldigten, dem eine Ladung zur Hauptverhandlung noch nicht zugestellt war, Abs. 2 für den Angekl., dem die Ladung zur Hauptverhandlung schon „vorher" zugestellt war, der erste Absatz also (§ 157) schon im Vorverfahren, der zweite erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens. Im Falle des zweiten Absatzes ist die öffentliche Zustellung nicht von Unausführbarkeit oder voraussichtlicher Erfolglosigkeit der Zustellung im Auslande abhängig. Das oben mitgeteilte Urt., dem insoweit unzweifelhaft beizupflichten ist, begegnet aber dem Bedenken, ob die Ladung zur zweitinstanzlichen Hauptverhandlung auch dann durch Anheftung geschehen kann, wenn nur die Ladung zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung in der Regelform erfolgt war. Das unklare Wort „vorher" ist für die Lösung des Zweifels nicht verwendbar. Die Wahl des bestimmten Artikels vor „Ladung" weist, wenn auch nicht eindeutig, auf die für die Instanz anzuberaumende Hauptverhandlung (§§ 216 ff., 323) hin. Hätte für die zweite Instanz die in erster Instanz regelförmlich erfolgte Ladung genügen sollen, so hätte die Wortfassung: „eine Ladung zu einer Hauptverhandlung" nahegelegen. Daß die Ladung zu der in der jeweiligen Instanz anstehenden Hauptverhandlung gemeint ist, läßt sich aus der von der StPO. durchgeführten Selbständigkeit der Ladungsvoraussetzungen für jede Instanz folgern. So gilt die einwöchige Frist des § 217 für die erste Ladung in jeder Tatsacheninstanz. Im Gegensatze zu dem Urt. wird angenommen werden müssen, daß in der BerInst. die Anheftung nach § 40 Abs. 2 nur ausreicht, wenn die Ladung zu einer Berufungshauptverhandlung vorher zugestellt war. Anderenfalls wäre ein Abwesender, dem nur eine mit Geldstrafe oder Einziehung bedrohte Tat zur Last liegt, durch § 278 begünstigt gegenüber dem eines schwereren Delikts bezichtigten Angekl.

JR. Dr. Drucker, Leipzig

63. [§§ 59, 80, 243, 337, 338 StPO. I. Nichtanwesenheit des Sachverständigen bei der Vernehmung des Angekl. ist kein Revisionsgrund. II. Zum Begriff der Überlegung i. S. § 211 StGB.]†)

I. Auf den Umstand, daß der als Zeuge und Sachverständiger vernommene Förster H. bei der Vernehmung des Angekl. nicht zugegen war, kann die Rev. nicht gestützt werden. Einem Sachverständigen kann zwar auch dann, wenn er zugleich als Zeuge vernommen werden soll, gestattet werden, der Vernehmung des Beschuldigten beizuwohnen (§ 80 Abs. 2 StPO.; RGSt. 52, 161). Doch entscheidet darüber, ob es zu geschehen hat, zunächst der Vorsitzende und im Falle der Beanstandung das Gericht nach seinem Ermessen. Überdies hatte der Angekl. bei der Vernehmung des Sachverständigen Gelegenheit, alles vorzubringen, was ihm erforderlich erschien, um ein ihm günstiges Gutachten zu erzielen. II. Die Überlegung ist ausreichend dargetan. Das Schwurgericht ist sich wohl bewußt gewesen, daß die Tat „mit Überlegung" i. S. des Ges. ausführt, wer bei der Ausführung in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zwecks gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolgs erforderliche Tätigkeit handelt (vgl. RGSt. 42, 260 [262]). Aus dem Zögern nach dem ersten Schuß folgert das Gericht, daß der Angekl. durch den im Affekt abgegebenen ersten Schuß zur Selbstbesinnung gebracht worden ist und nun überlegt hat, ob er den B. entfliehen lassen oder ob er ihn zur Erreichung des Zwecks, ihn stumm zu machen, töten solle. Das Umschauen nach etwaigen Tatzeugen wird als Zeichen dafür erachtet, daß er das Risiko, das er auf sich zu nehmen im Begriff war, abwog. Die hieran sich schließende Aufnahme der Verfolgung läßt erkennen, daß der Beweggrund, einen gefährlichen Zeugen loszuwerden, über die abhaltenden Beweggründe gesiegt hatte. Das neue Spannen des Hahns und die vom Vorderrichter für erwiesen erachtete Umstellung auf Kugelschuß werden dahin gedeutet, daß der Angekl. die zweckmäßigste Art der Tötung erwog. Damit

---

Zu 63. Zu I.: Gegen den verfahrensrechtlichen Teil der Entsch. ist nichts einzuwenden. Die Abwesenheit des Sachverständigen während der Vernehmung des Angekl. in der Hauptverhandlung könnte eine RevGrundlage in den §§ 337, 338 StPO. finden.

Was zunächst die absoluten RevGründe des § 338 StPO. anbetrifft, so ist die vorliegend in erster Linie in Betracht kommende Bestimmung der Ziff. 5 nicht anwendbar, weil keine gesetzliche Vorschrift die Anwesenheit des Sachverständigen während der Vernehmung des Angekl. anordnet. Dem Sachverständigen kann allerdings, im Gegensatz zum Zeugen, wie aus den §§ 59, 80, 243 Abs. 1 und 4 zutreffend hergeleitet wird (RGSt. 52, 161), vom Vorsitzenden oder im Falle des Widerspruchs eines Prozeßbeteiligten vom Gericht gestattet werden, der Vernehmung des Angekl. beizuwohnen. Diese Maßnahme wird sich sogar im Interesse der restlosen Aufklärung des Sachverhalts und zur Vorbereitung eines umfassenden Gutachtens in den meisten Fällen empfehlen. Die Praxis der Gerichte lehrt auch, daß fast ausnahmslos, sofern nicht Gründe besonderer Art entgegenstehen, in dieser Weise verfahren wird. Der Angekl. hat jedoch auf die Gegenwart des Sachverständigen keinen Anspruch, die Entscheidung über seine Anwesenheit ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Vorsitzenden bzw. des Gerichts überlassen (RGSt. 22, 434; 52, 161; GoltdArch. 47, 156; Löwe-Rosenberg Anm. 1, 2 zu § 80). Daß die Zulassung des Sachverständigen während der ganzen Hauptverhandlung nicht zwingend vorgeschrieben, sondern in das Ermessen des Vorsitzenden oder des Gerichts gestellt ist, geht aus dem auch für die Hauptverhandlung geltenden (RG. = JW. 20, 504; RGSt. 52, 161; GoltdArch. 47, 156; Mot. z. StPO. S. 141; Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 80) § 80 StPO. hervor, nach welchem dem Sachverständigen gestattet werden kann, der Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten beizuwohnen. Auf die Verletzung dieser nur instruktionellen Vorschrift, die keine Rechtsnorm i. S. des § 337 StPO. darstellt (RGSt. 2, 54; RGRspr. 3, 685; Löwe-Rosenberg Anm. 3a zu § 337) kann die Rev. niemals gestützt werden, weil eine die Rev. begründende Gesetzesverletzung nur vorliegt, wenn das Gesetz dem Gericht die Verpflichtung zur Befolgung auferlegt, nicht dagegen, wenn eine Ordnungsvorschrift eine im Regelfalle zu befolgende Anweisung erteilt, von der das Gericht aber nach Lage des Falles abweichen kann (RGSt. 42, 168; 32, 321; 40, 157; RGRspr. 1, 230).

Soweit das vorstehende Urteil ersehen läßt, ist vom Angekl. ein Antrag, die Anwesenheit des Sachverständigen während der ganzen

sind die wesentlichen Merkmale der Überlegung nachgewiesen. Demgegenüber kommt nichts mehr darauf an, ob das Schwurgericht mit Recht auch noch die Erinnerung an Einzelheiten als Beweisanzeichen für ein überlegtes Handeln erachtet hat; denn auch beim Wegfall dieses Umstandes bleiben noch genügend Umstände übrig, welche die Annahme der Überlegung stützen.

(1. Sen. v. 11. Jan. 1927; 1 D 846/26.) [A.]

Hauptverhandlung zu gestatten, nicht gestellt und überhaupt von ihm nicht zur Sprache gebracht worden, daß und weshalb er an der Anwesenheit des Sachverständigen während Vernehmung des Angekl. ein Interesse hätte. Eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung des Angekl. gemäß § 338 Ziff. 8 StPO. läge nur dann vor, wenn das Gericht zu einem auf Antrag des Angekl. gefaßten Beschlusse — betr. Nichtgestattung der Anwesenheit des Sachverständigen — aus der rechtsirrigen Erwägung gekommen wäre, daß die Anwesenheit des Sachverständigen während der Vernehmung des Angekl. prozeßrechtlich verboten sei, weil der Sachverständige zugleich als Zeuge vernommen werden solle. Da jedoch vorliegend ein solcher Beschluß offenbar nicht vorliegt, jedenfalls kein Anhalt dafür vorhanden ist, daß das Gericht sich der ihm gesetzlich zustehenden Befugnis, dem Sachverständigen trotz seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Zeuge die Anwesenheit während der Vernehmung des Angekl. zu gestatten, nicht bewußt geworden ist, hat das RG. die verfahrensrechtliche Rüge zutreffend für unbeachtlich erklärt.

Zu II.: Der in der Entsch. gegebenen, aus RGSt. 42, 162 übernommenen Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Überlegung“ in § 211 StGB. ist im wesentlichen zuzustimmen. Die „Überlegung“ gehört zu den umstrittensten strafrechtlichen Begriffen (vgl. die Zusammenstellung der Definitionen bei Schwartz, Komm. z. StGB. 1914, § 211 Nr. 5).

Die reichsgerichtl. Rechtsprechung ist bis in die neueste Zeit ständig der in RGSt. 42, 260 enthaltenen Begriffsformulierung gefolgt (vgl. z. B. JW. 1927, 902[17]). Hiernach ist für die Erfüllung des Mordtatbestandes zu verlangen, daß der Angekl. über die Betätigung des Tötungswillens (Vorsatz) hinaus noch mit seinen gesammelten Verstandeskräften in eine vergleichende Prüfung (Abwägung) der für und gegen die Begehung der Tat sprechenden Umstände eintritt. Im Gegensatz zum Pr. StPB. § 175 — „wer vorsätzlich und mit Überlegung tötet“ — wird durch den Wortlaut des § 211 StGB. Überlegung bei der Ausführung verlangt. — Durch diese veränderte Fassung ist im Gegensatz zum früheren Recht (a. A. Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht Bd. 2 S. 52 Nr. 1; Oppenhoff-Delius, StGB. für das Deutsche Reich zu § 211 Nr. 11, 13), eine zwar mit Überlegung beschlossene, aber ohne Überlegung ausgeführte Tötung nicht als Mord sondern als Totschlag zu bestrafen. Die Überlegung braucht nicht während der ganzen Ausführungshandlung vorzuliegen, es genügt vielmehr, daß sie die Ausführung der Tötung im wesentlichen beherrscht (ebenso Schwartz, Anm. 6 zu § 211, während Rüdorf-Stenglein, StGB. für das Deutsche Reich § 211, Nr. 1, Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 2. Aufl., S. 383 und v. Wächter, Deutsches Strafrecht S. 325, die Überlegung nur für den Beginn der Ausführung verlangen). Der Begriff der Überlegung ist nun etwa nicht dahin zu verstehen, daß der Täter nur in kühler Berechnung und ohne seelische Anteilnahme, innerlich völlig beruhigt, die Tat vollbringen muß. Eine derartig einschränkende Auslegung würde den Kreis der Mordfälle auf ein für die öffentliche Sicherheit unerträgliches Maß begrenzen. Es ist wohl kaum ein Fall vorstellbar, in dem nicht selbst der brutalste, kaltblütigste Täter bei der Tötung, insbes. bei einem plötzlichen Kampfe mit dem Opfer, in eine gewisse, infolge der Ausführung der Tat sich steigernde Aufregung gerät (RMG. 5, 270). Durch derartige vom physischen und psychischen Standpunkt aus verständliche Erregungen braucht jedoch die Überlegung nicht ausgeschlossen zu werden (JW. 1926, 1187[31]). Von einer die Überlegung beseitigenden Affekthandlung kann nur die Rede sein, „wenn ein die naturgemäße Aufregung dessen, der einen anderen zu töten im Begriffe steht, übersteigendes und das folgerichtige Abwägen der für und wider die Tat sprechenden Umstände ausschließendes Maß der Gefühlserregung das Handeln des Täters beherrscht“ (so RGSt. 42, 262).

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Tötung mit oder ohne Überlegung (im Affekt) ausgeführt ist, bildet neben der seelischen und geistigen Veranlagung des Täters sein Verhalten vor, während und nach der Ausführung eine wichtige Erkenntnisquelle. Wenn auch entscheidend lediglich die Geistesverfassung des Täters während der Ausführungshandlung selbst ist, so lassen sich doch auch aus seinem Benehmen vor Beginn und nach Vollendung der Tat wichtige Rückschlüsse ziehen. Mit Recht hat das RG. = JW. 1927, 902 die Erwägung des Schwurgerichts als bedenkenfrei bezeichnet, daß die auf einen Schutz gegen Entdeckung hinzielenden Maßnahmen des Täters — Wahl eines „abgelegenen“ Schrebergartens, wo er sein Ziel „unauffällig“ und am „ungestörtesten“ erreichen wollte, Deckung des Schlittens mit seiner breiten Figur, Gewinnung des Vertrauens der Kinder durch Hin- und Herfahren auf dem Schlitten, Verwischung der Spuren der Tat, Beseitigung der Zeugen des Verbrechens, Ablegung des blutigen Mantels — die Annahme einer mit voller Überlegung ausgeführten Tötung rechtfertigen.

Dagegen erscheint die Feststellung der „Überlegung“ aus den in vorstehendem Urteil enthaltenen Sachdarlegungen nicht bedenkenfrei. Weder das Zögern nach dem ersten Schuß, noch das Umschauen nach etwaigen Tatzeugen, noch die Aufnahme der Verfolgung, das neue Spannen des Hahnes oder die Umstellung auf Kugelschuß — Handlungen, die in wenigen Sekunden ausgeführt sein dürften — zwingen im einzelnen oder in ihrer Gesamtheit zu dem Schluß, daß der Täter bei der Abgabe des zweiten Schusses die für und gegen die Tötung sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen und nach dem Ergebnis dieser Prüfung seinen Plan gebildet hat. Da der Angekl. den ersten erfolglosen Schuß „im Affekt“ (also ohne Überlegung) abgegeben hat, liegt die Vermutung erheblich näher, daß er die vorbezeichneten, die Abgabe des zweiten Schusses begleitenden Handlungen, die sich für ihn im Verlaufe der Gesamtausführung infolge des — wohl unerwarteten — Fehlgehens des ersten Schusses als notwendig ergaben, in einer plötzlichen Aufwallung und Erregung über das Mißlingen des ersten Schusses und in einem Zustande der Angst vor der Entdeckung vorgenommen hat.

Das vorstehende Urteil schließt allein aus dem Verhalten des Angekl. unmittelbar vor Abgabe des zweiten Schusses auf seine Überlegung. Dies erscheint mir nicht richtig. Daß der Täter die im Urteil angegebenen, von seinem Standpunkte aus sinngemäßen Handlungen in logischer Reihenfolge ausgeführt hat, spricht weder für noch gegen seine „Überlegung“ im Sinne des § 211 StGB., worunter mehr zu verstehen ist als vernünftiges Denken und Handeln (Weber: JW. 1925, 1496; v. Lilienthal: JW. 1927, 902[17]). Es sei an dieser Stelle daran erinnert, daß der qualifizierte Fall des Totschlags nach § 214 StGB. gerade voraussetzt, daß der bei Unternehmung einer strafbaren Handlung betroffene Täter die vorsätzliche Tötung zu dem Zwecke — also mit dem vernunftgemäßen, zielstrebigen Denken — begeht, „um ein der Ausführung seines beabsichtigten Delikts entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen“.

Der Angekl. hatte nach den vorhergehenden, oben nicht mit abgedruckten Urteilsausführungen im Affekt einen — ersten — Schuß abgegeben, der fehlgegangen war. Hiernach zauderte er kurze Zeit, wodurch das Opfer einen Vorsprung von 25 m erzielte, sah sich nunmehr um, ob jemand in Blickweite war, machte sich zur Verfolgung auf und gab nach Einholung des Vorsprungs bis auf 10 m den zweiten Schuß ab, nachdem er auf Kugelschuß umgestellt hatte. Es erscheint höchst unwahrscheinlich, daß jemand, der im Affekt einen andern zu töten versucht und wenige Sekunden (25 m Vorsprung) nach Mißlingen der Tat diese wiederholt, hierbei „in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von ihm abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt“ (RGSt. 42, 260). Das Zögern zwischen den beiden Schüssen, das Umschauen nach etwaigen Tatzeugen und die Umstellung auf Kugelschuß können sehr wohl rein triebmäßige, in dem fortdauernden und gesteigerten Affektzustande vorgenommene Handlungen sein, bei denen es aber durchaus an der für die Erfüllung des Mordtatbestandes erforderlichen Überlegung fehlt. Die Feststellung der Überlegung allein aus dem Verhalten des Angekl. zwischen der nur wenige Augenblicke getrennten Abgabe beider Schüsse, ohne Wertung seiner psychischen Individualität und ohne Berücksichtigung seines Benehmens vor und nach der Tat, ist m. E. unzureichend. Ohne Würdigung des Seelenzustandes des Täters, die nur mit Hilfe eingehender sachverständiger Begutachtung möglich ist, läßt sich wohl kaum mit Sicherheit feststellen, ob eine Tötung mit oder ohne Überlegung ausgeführt ist. Die psychische Veranlagung der Menschen ist derartig verschieden und für den nicht spezialistisch Vorgebildeten so schwierig erkennbar, daß die Lösung dieser Frage in einer häufig nur kurzen Hauptverhandlung für den Richter eine unlösbare Aufgabe bedeutet. Es darf allerdings nicht verkannt werden, daß auch der psychologisch und psychopathologisch geschulte Sachverständige in zahlreichen Fällen keine völlige Klarheit über die Seelenverfassung des Angekl. erlangen und deshalb nur ein lückenhaftes Gutachten vortragen kann.

Die erheblichen Schwierigkeiten der Entscheidung über das Vorhandensein der Überlegung und die irreparablen Folgen eines Fehlurteils machen die Mängel der Regelung des Mordtatbestandes im geltenden Strafrecht erkennbar (vgl. auch v. Lilienthal: JW. 1926, 1187 und 1927, 902; Schwartz, § 211 Anm. 5 a. E.). Der Amtl. Entwurf eines Allgem. Deutschen StGB. gibt deshalb das gegenwärtig den Mord vom Totschlag unterscheidende Merkmal der „Überlegung“ auf und bestimmt im § 211: „Wer einen anderen tötet,

64. [§§ 230, 231 StPO. Für den Anwesenheitszwang des Angekl. besteht auch dann keine Ausnahme, wenn es sich um verbundene Strafsachen handelt, die in keinem inneren Zusammenhang stehen.]†)

Nach dem Sitzungsprotokoll ist bei Beginn der Hauptverhandlung v. 27. Aug. 1926 beschlossen worden, den Angekl. U. auf seinen Antrag bis 3 Uhr nachmittags zu beurlauben. Darauf hat sich dieser Angekl. mit seinem Verteidiger entfernt. Beide sind zum bestimmten Zeitpunkt wieder erschienen und haben von da ab der Hauptverhandlung an diesem Tage und am 30. Aug. bis zur Urteilsverkündung ununterbrochen beigewohnt. Diese „Beurlaubung" des Angekl. für einen Teil der Hauptverhandlung war unzulässig. Nach §§ 230 ff. StPO. bildet die Anwesenheit des Angekl. in dieser im regelmäßigen Verfahren erster Instanz, von den besonderen Ausnahmen der §§ 231 Abs. 2, 232, 233 a. a. O. abgesehen, ein unbedingtes Erfordernis, und ein Verstoß dagegen stellt den absoluten Revisionsgrund des § 338 Abs. 5 StPO. dar. Das gilt gemäß § 332 StPO., unbeschadet der Vorschrift des § 329 a. a. O., auch für die Berufungsinstanz. Dieser Grundsatz leidet auch dann keine Ausnahme, wenn es sich um eine auf Grund des § 237 StPO. angeordnete Verbindung von Strafsachen handelt, die unter sich keinen inneren Zusammenhang haben. Denn die einmal angeordnete Verbindung hat die Wirkung, daß nunmehr, solange nicht von neuem eine Trennung erfolgt, die Hauptverhandlung ein Ganzes bildet, von dem nicht nach dem Ermessen des Gerichts einzelne Teile wieder losgelöst werden können. Gegen die sämtlichen Angekl., gegen die in erster Instanz ein einheitliches Urteil ergangen war, und die dagegen Berufung eingelegt hatten, konnte auch nur eine einheitliche Hauptverhandlung vor dem BG. stattfinden, sofern nicht eine Abtrennung angeordnet wurde. Eine solche ist nicht erfolgt.

(1. Sen. v. 29. März 1927; 1 D 180/27.) [A.]

****65.** [I. § 232 Abs. 1 StPO. ist nicht anwendbar, wenn die Hauptverhandlung auf die Frage beschränkt ist, ob der Strafzweck durch eine an Stelle der an sich verwirkten Gefängnisstrafe tretende Geldstrafe erreicht werden kann.

II. § 329 StPO. gilt nur für den Beginn des Verfahrens vor dem erkennenden Gericht, aber nicht für spätere Abschnitte des Verfahrens in der Berufungsinstanz.

III. In einer Preistreibereisache kann trotz der Aufhebung der PreisTrVO. noch eine auf die Frage der Anwendbarkeit des § 27b StGB. beschränkte Entscheidung ergehen.]

I. Nach § 230 StPO. findet gegen einen ausgebliebenen Angekl. eine Verhandlung nicht statt. Von den in den §§ 232, 233 und 329 StPO. vorgesehenen Ausnahmen, in denen die Hauptverhandlung ohne die Anwesenheit des Angekl. stattfinden und dieser sich gemäß § 234 StPO. durch einen Verteidiger vertreten lassen kann, war im vorliegenden Fall keine gegeben. Der Umstand, daß der Schuldausspruch und der Strafausspruch hinsichtlich der an sich verwirkten Gefängnisstrafe und der Geldstrafe von 300 *RM* rechtskräftig sind und nur noch zu prüfen ist, ob der Strafzweck durch eine an Stelle der Gefängnisstrafe tretende Geldstrafe erreicht werden kann, vermag die Anwendung des § 232 StPO. nicht zu rechtfertigen. Dort wird vorausgesetzt, daß die Tat nur mit Geldstrafe, Haft oder Einziehung bedroht ist. Dies trifft hier nicht zu. Es bleibt immer noch zu prüfen, ob die Gefängnisstrafe an erster Stelle stehen oder nur Ersatzstrafe sein soll. Da ein Fall zulässiger Vertretung nicht vorlag, war der Verteidiger auch nicht befugt, namens des Angekl. einen Aussetzungsantrag mit der Wirkung zu stellen, daß das Gericht hierüber gemäß § 228 StPO. einen besonderen Beschluß fassen mußte. II. Ungerechtfertigt ist dagegen die auf den § 329 StPO. gestützte sofortige Verwerfung der Berufung. § 329 StPO. enthält eine der Ausnahmen von dem Grundsatz, daß gegen einen ausgebliebenen Angekl. kein Urteil erlassen werden darf. Sie beruht auf der Fiktion, daß der Berufungsführer, der ohne genügende Entschuldigung der Berufungsverhandlung fern bleibt, auf sein Rechtsmittel verzichten wolle. Eine derartige Ausnahmevorschrift, die für einen Angekl. unter Umständen sehr gefährlich werden kann, ist auf das engste auszulegen. Der erk. Sen. nimmt daher an, daß die Vorschrift nur auf den Beginn des Verfahrens vor dem erk. Gericht zu beziehen, also unanwendbar ist, wenn eine in Anwesenheit des Angekl. begonnene Hauptverhandlung unterbrochen oder ausgesetzt worden ist und der Angekl. in der fortgesetzten oder neu anberaumten Hauptverhandlung ausbleibt, oder wenn auf Grund einer in seiner Anwesenheit durchgeführten Hauptverhandlung ein Urteil gefällt, dieses vom RevG. aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das BG. zurückverwiesen worden ist. Bleibt in Fällen solcher Art der Angekl. ohne genügende Entschuldigung aus, so ist gemäß § 332 StPO. nach der Vorschrift des § 230 Abs. 2 StPO. zu verfahren, also die Vorführung anzuordnen oder Haftbefehl zu erlassen. III. Die inzwischen erfolgte Aufhebung der PreisTrVO. nötigt nicht dazu, den Angekl. nach Aufhebung des angefochtenen Urteils in Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. freizusprechen. Dies wäre nur dann erforderlich, wenn durch das frühere RevUrt. der Schuld- und Strafausspruch oder doch der Strafausspruch im ganzen aufgehoben worden wäre. Da aber, wie sich aus den Gründen des RevUrt. ergibt, nicht nur der Schuldausspruch, sondern auch der Strafausspruch hinsichtlich der an sich verwirkten Gefängnisstrafe und der Geldstrafe von 300 *RM* rechtskräftig ist, kann eine Freisprechung nicht mehr in Frage kommen. Das BG.

---

wird mit dem Tode bestraft." Totschlag liegt nach § 222 des Entwurfs vor, wenn sich jemand durch Jähzorn oder andere entschuldbare heftige Gemütsbewegung zur Tötung eines anderen hinreißen läßt. Abgesehen davon, daß durch diese Vorschriften der zweifelhafte Begriff der Überlegung ausgeschieden ist, bedeutet die nach §§ 67 ff. des Entwurfs auch für die Fälle des Mordes zugelassene Bewilligung mildernder Umstände eine wesentliche Verbesserung, die einen Besonderheiten des Einzelfalles entsprechende Urteilsfindung ermöglicht.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 64. Daß die Verbindung mehrerer Strafsachen nach § 237 StPO. die Selbständigkeit der einzelnen Sache nicht beseitigt, wohl aber im übrigen wichtige prozessuale Folgen haben kann, ist in der Literatur und Rspr. anerkannt (Löwe, StPO. 17. Aufl. § 237 Nr. 1). Eine Verbindung, welche mit diesen Folgen unvereinbar ist, wird daher als unzulässig angesehen, so z. B. nach der a. a. O. zitierten Entsch. des RG. I, 22. Sept. 1904: GoltdArch. 51, 409 eine Verbindung mit der Maßgabe, daß die Vernehmung der einzelnen Angekl. abgesondert erfolgen soll.

Das vorliegende Urt. nimmt an, zu jenen prozessualen Folgen der Verbindung nach § 237 StPO. gehört, daß „die Hauptverhandlung ein Ganzes bildet" und daß demgemäß sämtliche Angekl. der verbundenen Sachen nach §§ 230 ff., 338 Ziff. 5 StPO. in der ganzen Hauptverhandlung anwesend sein müssen. Bei der Stellungnahme zu dieser These wird man zwei Fragen unterscheiden müssen.

Daß eine Entbindung des einzelnen Angekl. vom Erscheinen in der Hauptverhandlung gemäß § 233 StPO., wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen in seiner Person und vielleicht nur in seiner Person vorliegen, nach wie vor auch nach erfolgter Verbindung möglich ist, kann wohl kaum bestritten werden. Insoweit überwiegt „die Selbständigkeit der einzelnen Sache".

Im vorliegenden Fall scheint aber der § 233 StPO. auch von der Strafkammer nicht als anwendbar angesehen, vielmehr die „Beurlaubung" des Angekl. U. lediglich deshalb erfolgt zu sein, weil nach Ansicht des Untergerichts ein Teil der Hauptverhandlung für den Angekl. U. bedeutungslos war. Dies widerspricht in der Tat, wie das RG. richtig ausführt, dem Wesen der erfolgten Verbindung.

Zu beachten bleibt aber, daß unbestrittenermaßen die verbundenen Strafsachen jederzeit wieder getrennt werden können (Löwe vor § 151 N. 39). Warum diese Trennung stets durch „ausdrückliche Anordnung der Abtrennung" erfolgen müßte und nicht auch — freilich immer nur in einem Gerichtsbeschluß — stillschweigend geschehen könnte, ist nicht ersichtlich. Es wäre also zu prüfen gewesen, ob jene „Beurlaubung" nicht eine solche Wiederaufhebung der Verbindung in sich schließt und damit deren Rechtsfolgen wieder auflebt. Hat freilich, wie es hier der Fall war, in Abwesenheit des Angekl. U. ohne Wiederholung in seiner Gegenwart die Berichterstattung des § 324 StPO. in Ansehung seines Verfahrensanteils stattgefunden, so liegt darin ein unmittelbarer, nicht erst auf dem Umweg über § 237 StPO. begründungsbedürftiger Verstoß i. S. von §§ 230 ff., 338 Ziff. 5 StPO. Im Ergebnis war also die Aufhebung des Urt. gerechtfertigt.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg.

hat lediglich noch in Anwendung des § 27b StGB. zugunsten des Angekl. zu prüfen, ob nicht der Strafzweck auch durch eine an Stelle der an sich verwirkten Gefängnisstrafe tretende Geldstrafe erreicht werden kann.

(1. Sen. v. 5. April 1927; 1 D 445/26.) [A.]

66. [§ 243 StPO.; §§ 172, 173 GVG. Verlesung des Eröffnungsbeschlusses nach Vernehmung der Angekl. zur Sache. Der Verstoß ist dadurch als geheilt anzusehen, daß die Angekl. „ihre bisherigen Erklärungen wiederholten".]†)

Der Verstoß, der darin gelegen war, daß die Angekl. vor der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses zur Sache vernommen wurden, ist ausweislich der Sitzungsniederschrift dadurch geheilt worden, daß die Angekl. nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses „ihre bisherigen Erklärungen wiederholten"; diese Fassung der Sitzungsniederschrift, deren Berichtigung nicht beantragt wurde, berechtigt nicht zu der Annahme, daß die Angekl. lediglich die „leere Förmlichkeit" gebrauchten, sie wiederholten ihre Erklärungen. Auf eine nochmalige Verlesung der Protokolle und Urkunden wurde von den Prozeßbeteiligten ausdrücklich verzichtet; dies war, wie jeder Verzicht auf Beweismittel, zulässig. Das Urt. im RGSt. 23, 310 bezieht sich auf das alte Schwurgericht, in dem die Geschworenen allein über die Schuldfrage entschieden, steht aber auch hiervon abgesehen der in der vorliegenden Sache getroffenen Entscheidung nicht entgegen.

(1. Sen. v. 13. Mai 1927; 1 D 392/27.) [A.]

67. [§ 244 StPO. Gänzliche Übergehung eines Eventualbeweisantrags ist ein Verfahrensverstoß. Dieser kann allerdings unschädlich sein.]†)

Darin, daß die StK. über den von dem Verteidiger hilfsweise gestellten Antrag auf Ladung des Sachverständigen H. stillschweigend hinweggegangen ist, liegt allerdings ein Verfahrensverstoß. Er kann indessen nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urt. führen, weil nach der Sachlage anzunehmen ist, daß die StK. die Zuziehung noch eines weiteren Sachverständigen für überflüssig gehalten hat. Unter diesen Umständen brauchte sie dem Beweisantrag nicht zu entsprechen. Darauf, daß sie ihn nicht — ausdrücklich — abgelehnt hat, beruht das angefochtene Urt. nicht.

(3. Sen. v. 4. Juli 1927; 3 D 438/1927.) [D.]

68. [§ 244 StPO. Der Antrag, einen Zeugen über den Leumund eines anderen Zeugen zu vernehmen, ist kein Beweisermittlungsantrag, selbst wenn behauptet ist, daß der Leumundszeuge dem Gericht Beweise für seine Behauptungen benennen werde.]†)

Nach der Sitzungsniederschrift sollten a) die als Zeugen benannten F. und W. „über den Leumund des Zeugen K. nämlich über dessen hypnotische oder suggestive Fähigkeiten" vernommen werden, b) F. darüber, „daß K. nicht glaubwürdig sei, und von ihm die Beweise für seine Behauptung zu fordern; F. könne Zeugen dafür angeben". Der Beweisantrag wurde abgelehnt, da zu a) die Behauptung als wahr unterstellt werde, der Antrag zu b) sich als Beweisermittlungsantrag darstelle. Die Ablehnung der angebotenen Beweise verstößt gegen das Verfahrensrecht. Wenn ein Angekl. einen Zeugen „über den Leumund" eines ihn belastenden anderen Zeugen benennt, so kann das sinngemäß nichts anderes bedeuten als eine Behauptung der Tatsache, daß der Leumund des vernommenen Zeugen schlecht sei. Offenbar wollte aber doch das Gericht nicht dies als wahr unterstellen, denn das Urteil sagt, der Leumund K.s sei nicht schlecht. Die Tatsache eines schlechten Leumunds des Zeugen K. ist also entweder nicht als wahr unterstellt worden, oder das Gericht hat, wenn es sie als wahr unterstellt hat, im Urteil gleichwohl das Gegenteil als erwiesen angenommen. Unrichtig ist auch die Auffassung des Beweisanerbietens unter b) als eines „Beweisermittlungsantrags". Behauptet war, K. sei „nicht glaubwürdig", also eine bestimmte Tatsache, und die Wahrheit dieser Tatsache sollte eben der genannte Zeuge bestätigen, nicht aber sollte das Gericht erst durch dessen Vernehmung dem Angekl. Unterlagen verschaffen, auf Grund deren der Angekl. dann Beweise für die behauptete Tatsache anzubieten

Zu 66. Nach § 243 muß die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses vor der Vernehmung des Angekl. zur Sache erfolgen. Der Eröffnungsbeschluß wird damit formell und materiell zur Grundlage der Entsch. gemacht. Das Gesetz geht dabei davon aus, daß die Einlassung des Angekl. erst durch die vorangehende Mitteilung dessen, wessen der Angekl. beschuldigt ist, verständlich wird. Dementsprechend hat RGSt. 23, 10 die Unterlassung oder Verspätung der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses als einen durchgreifenden Revisionsgrund angesehen. Es ist nicht verständlich, daß die vorl. Entsch. jenes frühere Urt. daraus erklären zu können glaubt, daß es sich um ein Verfahren vor dem alten Schwurgericht gehandelt habe. Nicht der Umstand, daß in jenem inzwischen beseitigten Verfahren die entscheidenden Richter sich bei der Beratung nicht aus dem Eröffnungsbeschluß unterrichten konnten, machte den Verstoß zu einem bedeutungsvollen. Von Beginn der sachlichen Verhandlung an sollen sämtliche Richter im Bilde sein; weil das nicht der Fall war, hat RGSt. 23, 310 das Vorderurteil aufgehoben. Ob das entscheidende Gericht ein Laienkollegium oder ein gemischtes Kollegium ist, muß also für die Bewertung des Verstoßes gleichgültig erscheinen.

Mit Recht hat der Beschwerdeführer geltend gemacht, daß der Verstoß nicht dadurch geheilt sein kann, daß die Angekl. nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses „ihre bisherigen Erklärungen wiederholten". Nach der Praxis der Instanzgerichte kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß der durch das Protokoll bezeugte Vorgang tatsächlich, wie der Beschwerdeführer geltend gemacht hat, nur eine „leere Förmlichkeit" war, die sich, wie man annehmen darf, in der Weise abgespielt hat, daß der Vorsitzende sich an die Angekl. mit der Bemerkung gewandt hat: „Sie wiederholen wohl das, was Sie vorher gesagt haben." Jedenfalls hat dem RevG. in dem Protokollvermerk keine einwandfreie Grundlage für die Feststellung vorgelegen, daß nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses die Angekl. erneut eingehende Erklärungen abgegeben hätten, die unter Zugrundelegung der Vorwürfe des Eröffnungsbeschlusses entgegengenommen worden seien. Daß der Beschwerdeführer Berichtigung des Sitzungsprotokolls hätte verlangen müssen, erscheint denn auch unzutreffend. Die Fassung des Sitzungsprotokolls konnte das RevG. dem Beschwerdeführer nur entgegenhalten, wenn es einwandfrei klarstellte, daß die Wiederholung der Erklärungen der Angekl. effektiv und nicht nur fiktiv erfolgt ist. Daß das vorl. Urt. Sinn und Bedeutung einer solchen „Wiederholung" nicht richtig bewertet, zeigt es gerade dadurch, daß es den erfolgten Verzicht auf die nochmalige Verlesung der Protokolle und Urkunden wie „jeden Verzicht auf Beweismittel" für zulässig erklärt. In Wirklichkeit hatte dieser Verzicht durchaus seine Besonderheit. Er war nicht, wie das sonst der Fall ist, erfolgt, weil man von diesen Beweismitteln keinen Gebrauch machen wollte, sondern weil bereits von ihnen Gebrauch gemacht war. Und zwar in einem Zeitpunkt, in dem nach der Idee des § 243 noch keine Beweisaufnahme stattfinden darf, weil den Richtern die zur Würdigung der Beweise erforderliche Grundlage, d. h. die Kenntnis des Eröffnungsbeschlusses, fehlt.

Man muß danach sagen, daß die durch das Protokoll bezeugten Vorgänge den Verstoß gegen die Vorschrift des § 243 StPO. keineswegs heilen konnten.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 67. Das Urt. muß als bedenklich bezeichnet werden. Ist der Eventualantrag gänzlich übergangen, so ist kein Raum für die Erörterung, ob er ohne Verstoß ablehnbar war. Der Satz, es sei „nach der Sachlage anzunehmen", daß die StK. die Zuziehung eines weiteren Sachverständigen für überflüssig gehalten habe, sprengt die Kompetenz des RevG. Auf solchem Wege könnte die Nichtbescheidung eines auf Vernehmung eines Zeugen gerichteten Antrags als belanglos behandelt werden, weil „nach der Sachlage anzunehmen" wäre, daß das Gericht das Beweismittel für ungeeignet oder für unerreichbar gehalten habe. Diese „Annahme" läuft auf einen Eintritt des RevG. in Nachprüfung der Beweiswürdigung hinaus.

JR. Dr. Drucker, Leipzig.

Zu 68. An dem ersten Teil des Urt. ist bemerkenswert, daß das RG. ersichtlich eine am Wortlaut des Antrages klebende Auslegung ablehnt. Auch ohne daß ausdrücklich gesagt war, daß der Leumund einer bestimmten Person ein schlechter sei, entnimmt das RG. dem Zweck des Antrages diese Behauptung.

Besonders will sodann beachtet sein, wie dieses Urt. — ebenso wie andere Entsch. der neueren Zeit (s. z. B. RG. 2. StS., JW. 1927, 793) — den Begriff des Beweisermittlungsantrages begrenzt. Daß F. zugleich von dem Antragsteller unbekannten Beweismitteln Kenntnis geben sollte, macht den Antrag auf seine Vernehmung nach der Auffassung des RG. nicht zu einem Beweisermittlungsantrag, obwohl nach der Formulierung des Antrages sogar die Annahme berechtigt war, daß der Zeuge weniger aus eigener Wissenschaft bekünden könne, als daß er vor allem Zeugen angeben könne, auf Grund deren Mitteilungen er sich selbst eine Meinung gebildet hätte. Wegen der Notwendigkeit, den Begriff des Beweisermittlungsantrages soweit nur eben möglich einzuschränken, s. m. Ausf.: GoltdArch. 57, 273 ff. RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

in der Lage wäre; vgl. hierzu Urt. des 2. StS. v. 1. Nov. 1926: JW. 1927, 1160. Die Ankündigung, daß F. bei seiner Vernehmung imstande sein würde, noch weitere Zeugen oder vielleicht auch andere Beweismittel für die von ihm zu bekundenden Tatsachen anzugeben, machte den Antrag, ihn selbst als Zeugen über die behauptete Tatsache zu vernehmen, nicht zu einem Beweisermittlungsantrag. Da die Vernehmung der beiden Zeugen mit einer dem Gesetze nicht entsprechenden Begründung abgelehnt worden ist und das Urteil auf dem Verstoße beruhen kann, ist dessen Aufhebung geboten.

(1. Sen. v. 20. Mai 1927; 1 D 404/27.) [A.]

69. [§ 244 StPO. Erklärungen von Auskunftspersonen bei einer Ortsbesichtigung stellen keine förmliche Vernehmung dar. Versuche im Gerichtssaal können unter den gleichen Voraussetzungen wie die Vernehmung eines Sachverständigen abgelehnt werden.]

1. Bei der Ortsbesichtigung ist niemand vernommen worden; vielmehr hat die Zeugin L. lediglich die Stelle bezeichnet, an der sie dem Beschwerdeführer am Brandabend begegnet sei. Derartige Erklärungen von Auskunftspersonen bei der Ortsbesichtigung fallen nicht in den Rahmen einer förmlichen Vernehmung; sie sollen vielmehr lediglich dem Gericht einen Anhaltspunkt dafür bieten, worauf es bei der Augenscheinseinnahme besonders zu achten hat. Beweismittel ist in diesem Falle lediglich die Augenscheinseinnahme und nicht eine Zeugenaussage (RGSt. 10, 10 [11]; 12, 308 [309, 310]). 2. Augenscheinseinnahmen außerhalb der Gerichtsstelle darf das Gericht nach seinem pflichtmäßigen Ermessen ablehnen, insbes. also mit der Begründung, daß sie für die Bildung einer richterlichen Überzeugung nicht mehr erforderlich seien (RGSt. 47, 100 ff.). Hier handelte es sich um den Antrag, die körperliche Leistungsfähigkeit und Geschicklichkeit einarmiger Menschen nach bestimmter Richtung durch einen Versuch klarzustellen. Der eben ausgesprochene Grundsatz muß für den vorliegenden Fall auch dann gelten, wenn man davon ausgeht, daß der beantragte Versuch an der Gerichtsstelle selbst hätte vorgenommen werden können. Der Sinn des Versuchs wäre gewesen, die Erhebung eines Sachverständigengutachtens zu ersetzen. Seine Vornahme konnte daher unter den gleichen Voraussetzungen abgelehnt werden wie die Vernehmung eines Sachverständigen. Daß letzteres aber mit dem Hinweis auf die genügende eigene Sachkunde des Gerichts geschehen kann, steht in der Rspr. fest.

(3. Sen. v. 31. März 1927; 3 D 150/27.) [A.]

70. [§ 247 StPO. Daraus, daß ein Angekl. vor seiner Entfernung während Vernehmung eines Zeugen nicht gehört worden ist, und diese Anordnung nicht durch einen mit Gründen versehenen Gerichtsbeschluß getroffen ist, kann nicht unter allen Umständen ein Revisionsgrund hergeleitet werden.]†)

Nach dem Sitzungsprotokoll sind die Angekl., nachdem die Zeugin C. zur Person vernommen worden war, aus dem Saale geführt, und die Zeugin ist in ihrer Abwesenheit zur Sache vernommen worden. Darauf ist nach einer Unterbrechung der Verhandlung in diese wieder eingetreten worden. „Die Angekl. waren wieder im Saale anwesend. Die Zeugin Frau C. wurde nochmals vorgerufen und zur Sache gehört. Die Angekl. wurden über den wesentlichen Inhalt der von der Zeugin in ihrer Abwesenheit gemachten Aussage unterrichtet.“ Dieses Verfahren verstößt allerdings, wie der Rev. zuzugeben ist, gegen die §§ 247 Abs. 1, 33, 34 StPO. Erschien die Entfernung der Angekl. auf Grund des § 247 Abs. 1 StPO. angezeigt, so hätte es, wie in RGSt. 20, 273 ausgeführt, eines begründeten Gerichtsbeschlusses bedurft, vor dessen Erlassung die Prozeßbeteiligten, insbes. die Angekl. und ihr Verteidiger, hätten gehört werden sollen. Allein das RG. hat bereits wiederholt entschieden, daß daraus, daß die Angekl. vor einem derartigen Beschlusse nicht gehört worden sind, und daß es an einer ausdrücklichen Begründung des Beschlusses fehlt, nicht unter allen Umständen ein Revisionsgrund hergeleitet werden kann (vgl. GA. 48, 302; 50, 101; JW. 1911, 855; 1924, 1765). In der zuletzt genannten Entscheidung des 2. StS. ist sogar der Mangel eines förmlichen Gerichtsbeschlusses nicht für durchgreifend erachtet worden. Voraussetzung für die Unschädlichkeit des gerügten Verstoßes ist freilich stets, daß der Grund, weshalb die Entfernung der Angeklagten aus dem Sitzungssaale erfolgte, sowohl für die Prozeßbeteiligten als auch für die mitwirkenden Richter erkennbar gewesen sein muß, da nur in diesem Falle die Unterlassung eines Widerspruchs gegen die angeordnete Maßnahme als Zustimmung aufgefaßt werden kann. Diese Voraussetzung muß aber im vorliegenden Falle als gegeben erachtet werden. Die Zeugin Frau C. hatte im Vorverfahren die beiden Angeklagten, ihren Ehemann und ihren Neffen, schwer belastet. In der Hauptverhandlung hatte sie nach Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht erklärt, Zeugnis ablegen zu wollen. Wenn daraufhin die Entfernung der Angekl. aus dem Sitzungssaale während der Vernehmung dieser Zeugin angeordnet wurde, so konnte es weder für die Prozeßbeteiligten,

Zu 70. Darüber, daß die Entfernung eines Angekl. nur durch Gerichtsbeschluß erfolgen darf, daß es dafür der vorherigen Anhörung der Prozeßbeteiligten bedarf, und daß der Beschluß mit Gründen zu versehen ist, kann ein Zweifel nicht bestehen. In den §§ 247, 33, 34 StPO. ist das ausdrücklich gesagt. Die Nichtanhörung der Beteiligten hat das RG. in den vom vorl. Urt. zit. Entsch. als unschädlich bezeichnet, weil in dem unterlassenen Widerspruch eine Zustimmung zu finden sei. Es ist schwer verständlich, wie ein solcher Standpunkt vertreten werden konnte. Zunächst ist es etwas durchaus anderes, ob einem Angekl. vor Erlaß eines Gerichtsbeschlusses Gelegenheit gegeben wird, zu ihm Stellung zu nehmen, oder ob dies erst geschieht, nachdem der Beschluß erlassen ist. Es liegt in der Natur der Dinge, daß Bedenken, die vor Erlaß eines Beschlusses geltend gemacht werden, unter Umständen mehr beachtet werden als Bedenken, die man nachträglich vorbringt. Sodann ist es mehr als gewagt, aus dem Schweigen des Angekl. zu schließen, daß er dem Beschluß zustimme. Wer sagt dem RevGer. im Einzelfall, daß der Angekl. überhaupt Gelegenheit gehabt hat, gegen die Ausführung des Beschlusses Protest einzulegen und diesen Protest zu begründen? Ein Gericht, dem die Entfernung des Angekl. so eilig erscheint, daß es ihn nicht einmal vorher anhört, wird in der Regel, nachdem es den Beschluß erlassen hat, nicht abwarten, was der Angekl. dazu zu sagen hat. Und ist sicher, daß, wenn er Bedenken vorbringt, er damit überhaupt gehört wird? Vor allem aber: wenn das Gericht nicht weiß, daß es den Angekl. hören muß, woher soll der Angekl. wissen, daß er gehört werden muß? Mangelnde Rechtskenntnisse des Gerichts durch mangelnde Rechtskenntnisse des Angekl. zu heilen ist eine Methode, für die sich nichts vorbringen läßt. Daß eine Auffassung wie die hier abgelehnte überhaupt möglich geworden ist, erklärt sich daraus, daß über Prozeßhandlungen des Strafprozesses keine genügende Klarheit besteht. Verzichte kann man auch im Strafprozeß nur fingieren, wenn der „Verzichtende“ sich seines Rechtsanspruchs bewußt gewesen ist und wenn weiter feststeht, daß er die Möglichkeit gehabt hat, diesen Rechtsanspruch geltend zu machen. Daran fehlt es aber in Fällen wie den in Frage stehenden durchaus.

Ähnlich steht es mit dem zweiten Verstoß, der in der vorl. Entsch. ebenso wie in der von ihr zit. in JW. 1924, 1765 für unschädlich erachtet wird. Weil die Zeugin im Vorverfahren den Angekl. belastet hatte, soll die Entfernung des Angekl. während ihrer Vernehmung mit genügender Deutlichkeit erkennbar gemacht haben, daß die Entfernung des Angekl. erfolgte, weil zu befürchten sei, daß sie in Gegenwart des Angekl. nicht die Wahrheit sagen werde. Ihr Verhalten in der Voruntersuchung sprach doch dagegen! Aber ganz abgesehen davon: wenn die wichtige Maßnahme der Entfernung des Angekl. so leicht genommen werden darf, ließe sie sich schlechthin überall rechtfertigen. Es müssen — darüber läßt das Gesetz keinen Zweifel — besondere Umstände vorhanden sein, die die Gefahr begründen, daß die Anwesenheit des Angekl den Aussagenden beeinflussen werde, die Unwahrheit zu sagen. Welche Umstände sollen das im vorl. Fall gewesen sein? Es liegt zweifellos nicht im Sinne des Gesetzes, daß die natürlich in jedem Falle vorhandene Möglichkeit, eine Auskunftsperson werde sich durch die Anwesenheit des Angekl. beeinflussen lassen, die Entfernung des Angekl. während dieser Vernehmung rechtfertigen soll. Gerade deshalb ist es auch wichtig, daß der Angekl., ehe eine solche Maßnahme stattfindet, gehört wird, um etwaige Bedenken zu zerstreuen und evtl. geltend zu machen, weshalb er auf seine Anwesenheit bei Vernehmung der betr. Auskunftsperson besonderes Gewicht legt.

Die Anwesenheit des Angekl. während der ganzen Hauptverhandlung erachtet die StPO. für so bedeutungsvoll, daß sie einen absoluten Revisionsgrund für gegeben erachtet, wenn gegen dieses Erfordernis verstoßen wird (§ 338 Ziff. 5). Gerade so wichtigen im Interesse des Angekl. geschaffenen Garantien muß größere Bedeutung beigemessen werden, als es die vorl. Entsch. tut. Es ist bemerkenswert, daß keine der in der offiziellen Sammlung

noch auch für die mitwirkenden Richter zweifelhaft sein, daß dies deshalb geschah, weil zu befürchten war, daß Frau C. in Gegenwart der Angekl. die Wahrheit nicht sagen werde. Lagen die Voraussetzungen des § 247 Abs. 1 StPO. vor, so kommt der absolute Revisionsgrund des § 338 Abs. 5 a. a. O. nicht in Frage. Auf den verfahrensrechtlichen Verstößen gegen die §§ 247 Abs. 1, 33, 34 StPO. aber kann das Urteil nicht beruhen, weil das Gericht die Maßnahme des Vorsitzenden gebilligt hat und die Angekl. und ihr Verteidiger ihr nicht widersprochen haben, obgleich sie dazu Gelegenheit hatten und der Grund der Maßnahme für sie erkennbar war. Bemerkt sei schließlich, daß die im Protokoll beurkundete Mitteilung des Inhalts der Aussage der Zeugin an die Angekl. keinen Zweifel darüber läßt, daß die Entfernung der Angekl. auf Grund des § 247 Abs. 1 StPO. erfolgt ist.

(1. Sen. v. 29. März 1927; 1 D 264/27.) [A.]

71. [§ 264 StPO. Eine durch den Eid gedeckte Zeugenaussage kann nur als eine Tat i. S. § 264 StPO. angesehen werden. Ein Verstoß gegen § 265 Abs. 4 kommt nicht in Frage, wenn dem Angeklagten in der Hauptverhandlung zum Bewußtsein gebracht ist, daß die Verurteilung auch unter der Feststellung erfolgen könne, daß der Angeklagte in einem anderen Punkte als dem im Eröffnungsbeschluß hervorgehobenen seine Eidespflicht verletzt habe.]†)

Die ausschließlich auf Verfahrensrügen gestützte Rev. ist nicht begründet. 1. § 264 StPO. ist nicht verletzt. Der Angeklagte ist wegen wissentlichen Meineids, begangen bei seiner am 4. Juni 1926 vor dem AG. A. erfolgten Vernehmung als Zeuge in der Strafsache gegen K. wegen Bedrohung, verurteilt worden. Diese Beschuldigung war Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses. Allerdings war sie dort dahin beschränkt, daß eine Verletzung der Eidespflicht des Angekl. in der Bekundung gefunden wurde, K. sei dem Zeugen Sch. nicht mit dem Beil nachgelaufen und habe zu Sch. nicht gesagt: „Ich schlage dir den Schädel ein." Insoweit hat das SchwG. eine Schuld des Angekl. nicht feststellen können. Es erblickt den Meineid aber darin, daß der Angekl. bei der bezeichneten Vernehmung wider besseres Wissen unter seinem Eide ausgesagt hat, er habe dem K. das Beil zugeworfen mit den Worten: „Komm, mach, daß du in dein Loch kommst." Damit, daß das SchwG. die eidliche Aussage des Angekl. vom 4. Juni 1926 ihrem ganzen Inhalte nach, nicht nur hinsichtlich des im Eröffnungsbeschlusse erwähnten Teiles, unter dem Gesichtspunkt der Eidesverletzung geprüft hat, hat es sich durchaus im Rahmen des § 264 StPO. gehalten. Eine durch einen Eid gedeckte Zeugenaussage kann, wenigstens in der Regel, nur als ein einheitlicher Vorgang, als eine Tat i. S. des § 264 StPO. betrachtet werden. Die gegenteilige Ansicht der Rev., die annimmt, der Angekl. hätte, weil der in dem Eröffnungsbeschlusse ausdrücklich hervorgehobene Teil seiner Zeugenaussage sich nicht hätte als falsch erweisen lassen, freigesprochen, und es hätte, wenn die Hauptverhandlung den Verdacht ergab, daß jene Zeugenaussage in einem anderen, im Eröffnungsbeschlusse nicht aufgeführten Punkte falsch sei, eine neue Anklage erhoben werden müssen, ist irrig. Wäre so verfahren worden, so hätte der neuen Anklage der Einwand des Verbrauchs der Strafklage entgegengestanden. — 2. In Frage könnte nur kommen, ob der von der Rev. weiter gerügte Verstoß gegen § 265 Abs. 4 StPO. vorliegt. Diese Vorschrift begründet ebenso wie die des Abs. 3 a. a. O. den Schutz des Angeklagten, um ihn vor Überraschungen und dadurch vor einer Beschränkung seiner Verteidigung zu bewahren (RGSt. 39, 17, 19). Dementsprechend hat der erk. Sen. in einer nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckten Entsch. v. 29. Jan. 1926 (I 35/26) eine Verletzung des § 265 Abs. 4 StPO. dann für gegeben erklärt, wenn das Gericht, ohne sich von Amts wegen über eine Aussetzung der Hauptverhandlung schlüssig zu machen, auf Grund einer veränderten Sachlage ein verurteilendes Erkenntnis erlassen hat, obgleich weder dem Sitzungsprotokoll noch dem Urteil entnommen werden konnte, daß diese Veränderung für den Angekl. und seinen Verteidiger in der Hauptverhandlung selbst erkennbar geworden wäre. So liegt der Fall aber hier nicht. Dem Angekl. ist bereits in der Voruntersuchung vorgehalten worden, daß seine Bekundung, er habe das Beil dem K. mit den Worten zugeworfen: „Komm,

abgedruckten Entsch. einen ähnlichen Grundsatz vertritt. Aber man sieht: ist einmal eine Auffassung in der Rechtspr. d. RG. zur Geltung gekommen, so bewährt sich ihr Beharrungsvermögen. Die Urteile, auf die das vorl. Urteil verweist — die aber im Widerspruch stehen zu den Urt. des 4. Sen. v. 28. Febr. 1890 (JW. 1890, 107[8]), des 1. Sen. v. 24. Jan. 1903 (SeuffBl. 1903, 302) —, zeigen das. Dabei kommt das vorl. Urt. ebenso wie das Urt. JW. 1924, 1765 sogar darüber hinweg, daß nicht einmal ein Gerichtsbeschluß ergangen ist. Die Richter haben stillschweigend die Maßnahme des Vorsitzenden gebilligt. Das soll einem Gerichtsbeschluß gleichstehen? Worin soll, wenn das richtig ist, der Unterschied zwischen einer Anordnung des Vorsitzenden und einem Gerichtsbeschluß noch bestehen? Unverständlich ist weiter die Differenzierung, die das Urteil wegen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Ziff. 5 macht. Nur wenn die Entfernung des Angekl. nicht gerechtfertigt war, soll gemäß § 338 Ziff. 5 des Revisionsgericht der Prüfung enthoben sein, ob das Urteil auf dem Verstoß beruht, nicht auch, wenn die Vorschriften, die für die Entfernung des Angekl. gelten, nicht beachtet sind. Diese Unterscheidung begegnet in der bisherigen Rechtspr. des RG. nicht. Sie ist innerlich auch nicht gerechtfertigt. Der Tatbestand des § 338 Ziff. 5 ist in allen Fällen gegeben, in denen der Ausschluß des Angekl. von der Hauptverhandlung verfahrensmäßig nicht einwandfrei zustande gekommen ist (vgl. RGSt. 39, 356 [358]).

Jedenfalls muß man konstatieren, daß das Urteil von der wichtigen Vorschrift des § 247 so gut wie nichts mehr übrig läßt.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 71. Die Identität der Tat bildet die Grenze richterlicher Kognition im anhängigen Prozeß (§ 264 StPO.). Bleibt sie bei Heranziehung neuer Gesichtspunkte gewahrt, so verlangt das Verteidigungsinteresse des Angekl. eine Berücksichtigung im Rahmen des § 265 nicht nur bei einem Wechsel der rechtlichen Beurteilung, sondern auch wenn die im Eröffnungsbeschluß vorweggenommene Beurteilung auf neu hervorgetretene Umstände derselben Tat gestützt wird, d. h. bei veränderter Sachlage.

a) Die eidliche Vernehmung eines Zeugen bezieht sich in aller Regel nicht nur auf eine einzige Tatsache, sondern umfaßt eine Mehrzahl von Äußerungen. Sind von diesen mehrere falsch, so nimmt Sello: ZStW. 21, 707 ff. mehrere Handlungen und damit die Möglichkeit einer Realkonkurrenz an. Diese Lehre zu bekämpfen, war einst das Ziel von Alsbergs Dissertation (Vollendung und Realkonkurrenz beim Meineid, Bonner Diss., Berlin 1906), nach welcher die „Eidesaussage in derselben Angelegenheit" eine Mehrheit von falschen Bekundungen zu einer Verbrechenseinheit zusammenfaßt (S. 56). Dieser Auffassung entspricht auch heute die herrschende Lehre (Frank VIII zu § 154; Freiesleben-Olshausen, 11. Aufl. 15 zu § 154). Aber soweit diese Lehre die Verbrechenseinheit in ausdrücklichen Gegensatz zu der an sich gegebenen natürlichen Handlungseinheit bringt (so Alsberg a. a. O. 66), verkennt sie den Maßstab, nach dem das nach § 154 StGB. zu beurteilende Verhalten des Zeugen als einheitliches oder mehrfaches Tun anzusehen ist.

Nur scheinbar ist die Identität der Tat, welche den Gegenstand der rechtlichen Beurteilung bestimmt, darum eine Frage ausschließlich unjuristischer Natur. § 73 StGB. legt eine solche Auffassung freilich nahe: er stellt die eine natürliche Handlung in Gegensatz zu ihrer mehrfachen juristischen Beurteilung. Gleichwohl gerät man in Schwierigkeiten, wenn man die Frage, ob eine oder ob mehrere Handlungen vorliegen, rein nach „natürlichen", d. h. psychologischen und historischen Gesichtspunkten bestimmen will. Namentlich ist hierzu entgegen einer lange verbreiteten Neigung ein Zurückgehen auf den Willen des Täters völlig ungeeignet (vgl. die lehrreichen Ausführungen bei Niethammer-Olshausen, Anm. 6 Abs. 4 zu § 73 über die Verwendung der inneren Haltung des Täters für die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges). Vielmehr kann die Abgrenzung der einzelnen Tat als Gegenstand juristischer Beurteilung nur im Hinblick auf diese selbst vorgenommen werden. Ein Verhalten erscheint in bezug auf zwei gesetzliche Tatbestände als eine Handlung, wenn einzelne Akte dieses Verhaltens unter Tatbestandsmerkmale beider gesetzlicher Deliktstypen subsumierbar sind (Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, 1926 S. 10 ff. im Anschluß an RG. 32, 137 und Lobe, LpzKomm., 3. Aufl., Einleitung S. 77; vgl. auch Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925). In bezug auf einen gesetzlichen Tatbestand gilt das Entsprechende: Identität der Tat liegt so lange vor, als bei dem neuen Fall noch immer einzelne Tätigkeitsakte mitsubsumiert werden, welche auch im ersten Fall konstitutive Bedeutung für ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal hatten. Daraus ergibt sich, daß bei einer mehrere Angaben umfassenden eidlichen Vernehmung der Übergang von der einen zur anderen Angabe in bezug auf den Tatbestand des Meineides die Identität der Tat nicht berührt, solange die Auferlegung und Leistung des Eides selbst in jedem Falle tat-

mach, daß du in dein Loch kommst", also den K. von einer Verfolgung des Sch. abhalten wollen, in Widerspruch zu der Aussage des K. stehe. Nach dessen Darstellung hatte der Angeklagte im Gegenteil den K. gerade aufgehetzt, indem er beim Zuwerfen des Beils die Worte gebrauchte: „Brauchst dich nicht zu fürchten, da hast du das Beil." Sodann ist die erste Hauptverhandlung gegen den Angekl. v. 16. Okt. 1926 nach durchgeführter Beweisaufnahme auf den 23. Okt. vertagt, und es sind in dieser Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist, als neue Zeugen der genannte K., der Richter und der Amtsanwalt, die in der Verhandlung v. 4. Juni 1926 mitgewirkt hatten, sowie der Untersuchungsrichter vernommen worden. Diese Zeugen haben ausweislich der Urteilsgründe auch über den Punkt Bekundungen gemacht, in denen das SchwG. in Abweichung vom Eröffnungsbeschlusse eine Eidesverletzung des Angekl. erblickt hat. Der Angekl. selbst hat, wie das Urteil ergibt, sich in der Hauptverhandlung ebenso wie in der Voruntersuchung damit verteidigt, daß er beim Zuwerfen des Beiles an K. eine diesen beruhigende, nicht eine aufhetzende Äußerung getan, also bei seiner eidlichen Vernehmung auch in diesem Punkte die Wahrheit gesagt habe. Schließlich ist der Angekl. darauf aufmerksam gemacht worden, daß zu seinen Gunsten der § 157 Abs. 1 StGB. angewendet werden könne. Das SchwG. hat ihm, wie die Begründung des Urteils besagt, die dort vorgeschriebene Strafermäßigung zuteil werden lassen, weil „in dem Zuwerfen des Beils mit den Worten: ‚Nimm das Beil, du brauchst dich nicht zu fürchten' Anstiftung oder Teilnahme an einer strafbaren Handlung erblickt werden könnte". Dieser Hinweis ist also gerade mit Rücksicht auf die veränderte Sachlage erfolgt; denn dadurch, daß der Angekl. in den im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten Punkten die Wahrheit beschwor, hätte er sich niemals der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung wegen Teilnahme an der dem K. zur Last gelegten Bedrohung ausgesetzt. Aus alledem erhellt, daß dem Angekl. und seinem Verteidiger in der Hauptverhandlung zum Bewußtsein gebracht worden ist, es könne eine Verurteilung auch unter der Feststellung erfolgen, daß der Angeklagte in einem anderen Punkte als dem im Eröffnungsbeschlusse hervorgehobenen seine Eidespflicht verletzt habe. Dann wäre es aber ihre Sache gewesen, die Aussetzung auch der Hauptverhandlung v. 23. Okt. zu beantragen, falls sie dies zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung für erforderlich gehalten hätten. Jedenfalls bietet die Sachlage keinen Anhalt für die Annahme, das SchwG. habe die Vorschrift des § 265 Abs. 4 StPO., wonach das Gericht unter Umständen auch von Amts wegen die Hauptverhandlung auszusetzen hat, übersehen. Ersichtlich und ohne Rechtsirrtum hat es die Voraussetzungen hierfür nicht für gegeben erachtet. Übrigens ist auch nicht erkennbar, wie der Angekl. sich anders hätte verteidigen können, als er es tatsächlich getan hat.

(1. Sen. v. 25. Febr. 1927; 1 D 875/26.) [A.]

72. [§ 265 Abs. 1 StPO. Der unterlassene Hinweis auf veränderten rechtlichen Gesichtspunkt ist nicht erforderlich, wenn der Verteidiger in einem vor der Hauptverhandlung eingereichten Schriftsatze bereits zu dem neuen rechtlichen Gesichtspunkte Stellung genommen hätte.]†)

Die der Aburteilung unterstellte Handlung des Angekl. ist i. J. 1924 unter der Herrschaft des § 4 PreisTrVO. begangen. Nach Erlassung des schöffengerichtlichen, aber vor Erlassung des BU., ist der § 49a MSchG. i. d. Fass. vom 30. Juni 1926 in Kraft getreten und die PreisTrVO. aufgehoben worden. Schon vor der Aufhebung dieser VO. ist der Raumwucher aus dem Tatbestand des § 4 PreisTrVO. ausgeschieden und insoweit der § 4 durch §§ 49a und 49b MSchG. ersetzt worden. Der Umstand, daß die Tatbestände

---

bestandsmäßige Bedeutung hat. Wenn dagegen einmal Eidesleistung und falsche Aussage, das andere Mal eine neue falsche Aussage und Berufung auf die frühere Eidesleistung vorliegen, bildet das Gesamtverhalten zwei selbständige „natürliche" Handlungen.

b) Diese normative Methode, welche auch die natürliche Handlung nach juristischen Maßstäben abgrenzt, relativiert den Gegensatz zwischen tatsächlicher Einheit des Erfolges und der juristischer Einheit des Verbrechens (so v. Liszt-Schmidt, 23. Aufl., § 55, S. 235 Anm. 2 gegen Wachenfeld). In dem Maße, in dem sie die Grenzen der Handlung, welche den Gegenstand der Anklage bildet, nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt, erschwert sie die Stellung des Angekl. Denn was für die Subsumierbarkeit unter einen bestimmten Tatbestand eine identische Tat bleibt, kann für den Angekl. und seine Verteidigung sehr wohl etwas anderes und Neues sein. Diesem völlig anderen Beurteilungsmaßstabe entspricht der Begriff der veränderten Sachlage. Im vorl. Falle ist eine veränderte Sachlage gegeben. Denn der Teil der Zeugenaussage des Täters, der sich auf seine eigene Äußerung gegenüber dem früheren Angekl. bezog, ist im Verhältnis zu seiner Aussage über einen angeblichen Ausruf jenes früheren Angekl. ein neu hervortretender Umstand derselben Tat. Und je mehr jene normative Methode die Identität der Tat und damit den Gegenstand der Anklage ausdehnt, um so wichtiger wird die Frage, wann wegen veränderter Sachlage die Aussetzung der Hauptverhandlung angemessen ist (§ 265 Abs. 4 StPO.). Der 1. StS., der in dem vorl. Urt. die Identität der Tat normativ bestimmt, hat in bezug auf die Angemessenheit der Aussetzung neuerdings einer weitherzigen Auffassung mit bewundernswertem Freimut zum Siege verholfen (vgl. Alsberg: Festschrift für Heinitz 1926, 425 Anm. 26). Die Urt. in JW. 1926, 1216[6] und 1218[7] bejahen beide die Angemessenheit der Aussetzung, und zwar das erste bei einer Veränderung der materiellen Sachlage (Brandstiftungshandlung bei früherem Aufenthalt auf dem Boden), das zweite bei einer Veränderung der prozessualen Sachlage (Ablehnung der Wiederzulassung eines Verteidigers). Das vorl. Urt. zeigt die Grenzen der Angemessenheit der Aussetzung bei veränderter Sachlage. Sie liegen — wie es schon jene beiden Entsch. und die dazugehörigen Ausführungen von Mannheim, Mamroth und Oetker (a. a. O.) zeigen — in einem Dreifachen:

1. Der neue Umstand muß Gegenstand der Verhandlung gewesen sein.
2. Er muß vom Angekl. in seiner Tragweite verstanden sein.
3. Das Gericht muß es ausdrücklich erkennen lassen, aus welchen Gründen es nicht von seinem Aussetzungsrecht Gebrauch gemacht hat.

Im vorl. Falle ist zu sagen:

Zu 1. Der Vorhalt in der Voruntersuchung ist unerheblich. Denn der Angekl. kann sich, gerade weil dieser Umstand dem Eröffnungsbeschluß nicht zugrunde lag, darauf verlassen haben, er sei aus dem Prozeßstoff ausgeschieden. Anders ist es mit dem Termin v. 23. Okt., wo neu geladene Zeugen gerade über den neuen Umstand vernommen sind.

Zu 2. Der Hinweis auf § 157 Ziff. 1 StGB. enthält implizite den Hinweis darauf, daß das Gericht die Aussage über die aufreizende Äußerung des Angekl. zum Gegenstand des Urt. machen will, — zum Verständnis über die Tragweite dieser Wandlung genügt dieser Hinweis allein nicht. Aber indem der Angekl. erklärt, er hätte damals eine beruhigende Äußerung getan, zeigt er, daß es sich auch für ihn um die Frage handelt, ob er dem damaligen Täter — wie er behauptet — beruhigende, oder — wie das Gericht annimmt — aufreizende Worte zugerufen hat.

Zu 3. Ein Grund, aus dem heraus das Gericht von der Aussetzungsbefugnis keinen Gebrauch macht, kann darin liegen, daß es sich die Frage vorgelegt und diese verneint hat, ob der Angekl. in einer neuen Verhandlung überhaupt andere Verteidigungsmittel haben kann. Hierauf scheint das RG. im letzten Satz hinweisen zu wollen. Dabei ist freilich größte Vorsicht geboten. Insbes. genügt es nicht, daß dem Gericht nicht erkennbar ist, wie sich der Angekl. anders verteidigen könnte, sondern es müssen positive Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, daß eine andere Verteidigung nicht möglich ist.

So ist — mit einem leisen Zweifel nach der letzterwähnten Richtung hin — diese neue Entsch. des 1. StS. zu § 265 Abs. 4 StPO. zu billigen. Nicht eine neue Handlung, sondern eine veränderte Sachlage ist gegeben. Aber die Aussetzung ist gleichwohl nicht angemessen.

Prof. Dr. Max Grünhut, Jena.

Zu 72. Bereits die bisherige Rspr. des RG. hat den Garantiecharakter der Vorschrift in § 265 Abs. 1 StPO. erheblich abgeschwächt dadurch, daß es das „Beruhen" des Urt. auf der Rechtsverletzung verneint in Fällen, in denen „nicht ersichtlich" sei, wie der Angekl. nach Hinweis auf die Veränderung sich anders habe verteidigen können. Bedenken gegen diese Rspr. ergeben sich zuerst aus der determinierten Ausdrucksweise des Gesetzes: „darf nicht erfolgen", weiterhin aber aus der Erwägung, daß die „Ersichtlichkeit" einer Verteidigungsmöglichkeit auf dem der Revisionsinstanz verschlossenen Gebiete des Tatsächlichen liegt. Ob der Angekl., der dem ursprünglichen rechtlichen Gesichtspunkte eine vielleicht erfundene, aber nicht widerlegbare Sachdarstellung entgegengesetzt hat, nach erfolgtem Hinweise mit einer ergänzten oder auch veränderten Tatsachenbehauptung hervortreten werde, ist im Grunde genommen niemals sicher. Ersichtlich ist nur, was er gesagt hat; nicht, was er sagen kann. Wird aus neuem rechtlichen Gesichtspunkte ohne Hinweis verurteilt, so wird die Einlassung des Angekl. surrogiert.

beider Vorschriften sich nicht in allen Teilen decken, stand der Verurteilung des Angekl. aus § 49a MSchG. durch die StK. unter Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 StGB. nicht entgegen, vorausgesetzt, daß die Tat die Tatbestände beider Gesetze erfüllt (RGSt. 61, 130). Der Angekl. ist zwar in der Hauptverhandlung nicht förmlich auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen worden, auf diesem Verfahrensmangel beruht aber das Urteil nicht (§ 337 StPO.), denn der Verteidiger hat schon vor der Hauptverhandlung in seinem Schriftsatz auf den § 49a MSchG. hingewiesen und zu der Gesetzesänderung Stellung genommen. Der Angekl. ist deshalb durch die Unterlassung eines besonderen Hinweises in der Hauptverhandlung nicht in seiner Verteidigung beeinträchtigt worden.

(2. Sen. v. 16. Mai 1927; 2 D 945/26.) [D.]

73. [§§ 314, 296, 297, 138, 139, 320, 321, 322, 347 StPO. **In der Berufungseinlegung durch den unterbevollmächtigten Bürovorsteher des Verteidigers liegt der Antrag des Bürovorstehers auf Zulassung als Wahlverteidiger, dem durch den Entscheid des Richters, daß die „Berufung rechtzeitig" eingelegt sei, unabänderlich stattgegeben ist.**] †)

Nach § 314 StPO. ist die Berufung, wenn die Einlegung nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers geschieht, schriftlich einzulegen, und zwar nach §§ 296, 297 StPO. entweder vom Angekl. oder vom Verteidiger. Die Schriftform ist im vorliegenden Fall gewahrt. Unterzeichnet ist die Berufungseinlegung vom Bürovorsteher des vom Angekl. zum Verteidiger gewählten RA. M., der jenen mit Untervollmacht versehen hatte. Dem stand nicht entgegen, daß der Angekl. dem RA. M. nicht ausdrücklich die Befugnis eingeräumt hatte, Untervollmacht zu erteilen, zumal es sich um eine Rechtsmittelerklärung und die Wahrung der Rechtsmittelfrist zugunsten des Angekl. handelte (RGSt. 9, 279; 41, 14). Da aber der Bürovorsteher nicht zu den im § 138 Abs. 1, 139 StPO. aufgeführten Personen gehörte, so bedurfte er allerdings, um als Wahlverteidiger zur Einlegung der Berufung zugelassen zu werden, der Genehmigung des Gerichts. Der Antrag auf Zulassung braucht jedoch nicht ausdrücklich gestellt zu werden, er liegt vielmehr ohne weiteres in der Einlegung eines Rechtsmittels. Auch die Genehmigung des Gerichts braucht nicht ausdrücklich erteilt zu werden, sondern kann stillschweigend erfolgen. Zuständig zur Erteilung der Genehmigung ist nach der ständigen Rechtsübung des Reichsgerichts, solange die Akten noch nicht gemäß § 347 Abs. 2 StPO. an das Revisionsgericht gelangt sind, die Vorinstanz (vgl. RGSt. 9, 78 [81]). Entsprechendes gilt für die §§ 320, 321 StPO. Demgemäß war zuständig für die Genehmigung der Amtsrichter. Dieser hat Bl. 60 R d. A. entschieden: „Berufung rechtzeitig". Damit war der Bürovorsteher als Wahlverteidiger für die Einlegung der Berufung zugelassen, und hieran konnte die StK. hinterher nichts mehr ändern. Zwar unterlag die Rechtswirksamkeit der

Weiter noch als diese Judikatur entfernt sich das vorliegende Urt. von der in § 265 aufgestellten Verfahrensgarantie. Unzweifelhaft hebt diese Vorschrift nicht darauf ab, ob der **Verteidiger** mit der Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes rechnet und ihn auch ohne Hinweis bekämpft, sondern ob die Änderung dem Angekl. durch **besonderen** Hinweis seitens des Gerichts zum Bewußtsein gebracht wird. Ist aber schon das Verhalten des Verteidigers in der **Hauptverhandlung** irrelevant, so kann sicherlich der Hinweis nicht als ersetzt gelten durch einen vor der Hauptverhandlung seitens des Verteidigers eingereichten Schriftsatz, der dem Angekl. vielleicht nicht einmal bekannt geworden ist. Gerade das oben angezogene Urt. RGSt. 61, 130 zeigt, daß die Abgrenzung der Tatbestände des § 4 PrTrVO. und des § 49a MSchG. voneinander nicht ganz einfach ist. Hier war der Angekl. vom Schöffengerichte auf Grund der ersteren Bestimmung verurteilt. Dagegen richtete sich seine Berufung. Seine Verurteilung aus § 49a MSchG. durch die Strafkammer ohne Hinweis läßt das RG. zu, weil dem rechtsgelehrten Verteidiger schon vor der Hauptverhandlung die Gesetzesänderung bekannt gewesen ist. Diese Praxis muß folgerichtig in die Auffassung münden, daß Hinweis auf veränderten rechtlichen Gesichtspunkt niemals erforderlich ist, wenn dem Angekl. ein Verteidiger zur Seite steht, der die Möglichkeit der Veränderung erkennen und sich darauf einstellen konnte.

JR. Dr. **Drucker**, Leipzig.

Zu 73. In der Frage der Vollmachtserteilung und -nachweisung, der Zulässigkeit von Vollmachtsübertragung und der Genehmigung von Vertreterhandlungen ist das RG. — im Gegensatz zu anderen Obergerichten — von jeher sehr weit gegangen. Das obige Urt. hat in seinem Entgegenkommen wohl den Gipfelpunkt erreicht. Der Bürovorsteher eines RA. hat schriftlich Berufung für einen Angekl. eingelegt, nachdem ihn der Anwalt mit Untervollmacht versehen hatte. Vollmacht hatte der Angekl. nur dem RA. erteilt, Erlaubnis zur Übertragung der Vollmacht an einen Dritten nicht gegeben und von der tatsächlich erfolgten Unterbevollmächtigung des Anwaltsangestellten annehmbar auch nichts erfahren. Das RG. läßt die Substituierung des Bürovorstehers gleichwohl gelten. Dieser hätte nun zum mindesten erst vom Gericht die Zulassung als Wahlverteidiger erbitten müssen. Das RG. erblickt das Ersuchen um Zulassung ohne weiteres in dem Akte der Berufungseinlegung. Die Zulassung hing von der Entschließung des Gerichts ab. Eine solche ist ausdrücklich weder i. S. der Ablehnung noch i. S. der Genehmigung erfolgt. Das RG. geht auch hierüber hinweg und entscheidet, die gerichtliche Genehmigung sei als vorliegend zu erachten, da sich in den Akten ein Vermerk des AR. befindet, wonach die „Berufung rechtzeitig" eingelegt sei.

Das RG. beruft sich auf seine bisherige Rspr., mit der auch tatsächlich die obige Entsch. im Einklang steht. Daß die Auftragserteilung an einen anderen, ein Geschäft zu besorgen, **regelmäßig** zugleich die Ermächtigung enthält, das Geschäft durch einen Dritten ausführen zu lassen (RGSt. 9, 279), ist anzuerkennen. Die Regel wird durchbrochen, wenn bei verständiger Beurteilung der Sachlage anzunehmen ist, daß es dem Auftraggeber auf die persönliche Ausführung durch den ursprünglich Beauftragten ankam. Wie das RG. das Einverständnis des Angekl. mit der Vollmachtsübertragung an den Bürovorsteher annehmen **konnte**, aber nicht mußte, so gilt dasselbe von der Auffassung, zu der das RG. hinsichtlich der Berufungseinlegung gelangt ist. Da diese von einer Person ausging, die nur mit Genehmigung des Gerichts einen Prozeßakt vornehmen konnte, so durfte in der Einreichung des Berufungsschriftsatzes zugleich ein Ersuchen des Bürorvorstehers um seine Zulassung als Verteidiger erblickt werden. Unter allen Umständen nötig war aber auch das nicht. Endlich war es statthaft, in dem Vermerke „Berufung rechtzeitig" eine Zulassungsgenehmigung zu erblicken; das RG. brauchte aber wiederum nicht notwendigerweise aus diesen Worten auf die Genehmigungsabsicht des AR. zu schließen.

Das LG. hatte den unzweideutig nur für den eingegangenen Berufungsschriftsatz **die Rechtzeitigkeit feststellenden** amtsrichterlichen Vermerk anders gedeutet, als es später das RG. tat, und eine rechtswirksame Berufung nicht für vorliegend erachtet. Es entsteht die Frage, ob das RG. die Prozeßvorgänge anders ausdeuten konnte, als es das LG. getan hatte. Diese Frage ist zu bejahen.

In jeder Lage des Verfahrens hat das Gericht das Recht und die Pflicht, zu prüfen, ob die prozessualen Voraussetzungen für sein Tätigwerden überhaupt gegeben sind. Diese Prüfung darf sich nicht auf die letzten Prozeßvorgänge beschränken, die unmittelbar zu einer Anrufung des Obergerichts geführt haben. Deshalb hat das RevG. z. B. nicht nur darauf zu achten, ob die Vorschriften über die Revisionseinlegung beobachtet wurden, sondern auch zu untersuchen, ob die Berufung rechtswirksam eingelegt, ob der Einspruch gegen die Strafverfügung von der zuständigen Person rechtzeitig erhoben worden war u. dgl. Eine gleiche Pflicht liegt naturgemäß für das bis dahin abgelaufene Verfahren auch den Vorinstanzen ob. Zeigt sich irgendwann, daß das eingeleitete Gerichtsverfahren auf Sand gebaut ist, so darf es nicht weitergeführt, sondern muß eingestellt werden. Offenbar hatte auch im vorl. Falle das LG. ein auf Einstellung lautendes Urt. erlassen, da es in der vorliegenden Form die Berufung als unzulässig ansah. An diese Auffassung der Vorinstanz ist das Obergericht nicht gebunden, da es sich bei der Frage nach der rechtzeitigen Einlegung der Berufung um eine Urteilsvoraussetzung handelt. Das RG. hat mit Recht von jeher den Standpunkt vertreten, daß die Feststellung gesetzlicher Voraussetzungen, von denen die Vornahme einer Prozeßhandlung abhängt, sich nicht nach den Grundsätzen regelt, die das Gesetz für die Entsch. der Schuld- und Straffrage aufgestellt hat. Demgemäß kann das solche Prozeßvoraussetzungen nachprüfende Gericht nach der tatsächlichen Seite sein freies Ermessen walten lassen und von der Sachwürdigung des Vorderrichters abweichen (RGSt. 38, 323; 45, 128; 51, 71). Es wäre ein unerträglicher Rechtszustand, wenn in derartigen, für das ganze Verfahren grundlegenden Fragen die vielleicht schiefe Auffassung der Vorinstanz als maßgebliche Beurteilungsgrundlage hingenommen werden müßte. Der obigen Entsch. ist mithin auch insoweit beizupflichten, als sie an eine Auslegung des keineswegs klaren Richtervermerks herangeht und die Zulässigkeit der Berufung als zweifelsfrei erklärt. Nicht beitreten möchte ich aber der Ausführung des RG., daß das LG. nicht befugt gewesen sei, hinsichtlich der Zulassung des Bürovorstehers einen anderen Standpunkt einzunehmen. Ich nehme an, daß das LG. aus jenem Vermerk die Zulassungsabsicht des AR. nicht gefolgert hat. Von diesem Standpunkt aus war es nur richtig, wenn das LG. die Berufung,

Berufungseinlegung nach § 322 StPO. ihrer Nachprüfung, sie durfte auch den Bürovorsteher für das weitere Verfahren als Verteidiger zurückweisen, aber sie war nicht befugt, die vom Amtsrichter genehmigte Zulassung mit rückwirkender Kraft aufzuheben und auf diesen Grund die Unzulässigkeit der Berufung zu stützen.

(3. Sen. v. 24. März 1927; 3 D 136/27.) [A.]

****74.** [§ 324 StPO. In den Vortrag über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens kann der Bericht über den Inhalt von Akten einbezogen werden, die in der ersten Instanz nicht verwertet worden sind.]†)

Nach dem Sitzungsprotokoll wurde zu Beginn der mündlichen Verhandlung das Urteil erster Instanz verlesen und außerdem vom Vorsitzenden ein Vortrag über die bisherigen Ergebnisse des Verfahrens gehalten. Das Protokoll erwähnt sodann die Vernehmung des Angekl. und fährt darauf fort: „Aus der Privatklagesache T. w. P. wird referiert". Hierauf erst wird die Hervorrufung und Vernehmung der einzelnen Zeugen berichtet. In dem „Referat über die Privatklagesache" erblickt die Rev. eine Verletzung der Vorschriften betr. die Unmittelbarkeit des Verfahrens. Nach ihrer Auffassung hätten die Privatklageakten in vollem Umfang verlesen werden müssen. Die Rüge geht fehl. Sie beruht auf einer Verwechslung verfahrensrechtlicher Begriffe, nämlich der Berichterstattung und der Feststellung des Sachverhalts. Der § 324 Abs. 1 StPO. schreibt neben der Verlesung des Urteils erster Instanz einen Vortrag über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens ausdrücklich vor. Daraus folgt, daß der Vortrag sich auf Gegenstände beziehen kann und unter Umständen beziehen muß, die nicht im schöffengerichtlichen Urteil enthalten sind, sofern dies durch den — lediglich prozessualen — Zweck der Berichterstattung, den Gegenstand der Verhandlung zu bestimmen, insbes. Inhalt, Umfang und Ziel des Rechtsmittels klarzustellen, geboten ist. Vorausgesetzt, daß der Vortrag sich sachlich in diesen Grenzen hält, ist sein Inhalt und Umfang dem pflichtmäßigen Ermessen der Prozeßleitung überlassen. Die Feststellung des Sitzungsprotokolls ist dahin zu verstehen, daß der Vorsitzende — anscheinend durch die Einlassung des Angekl. dazu veranlaßt — seinen Bericht nachträglich auf die erwähnte Privatklage ausgedehnt hat, deren Gegenstand und Verlauf zum Verständnis der zu behandelnden Berufung offenbar von wesentlicher Bedeutung war. Denn dem Angekl. war von der Anklage und vom SchöffG. zur Last gelegt, es unternommen zu haben, den in jenem Privatklageverfahren als Zeugen geladenen und demnächst auch vernommenen Installateur G. zur Abgabe einer wissentlich falschen eidlichen Aussage zu verleiten, und G. sollte in der Beleidigungssache gegen den Angekl. ausgesagt, ihn zugleich aber dieses Beeinflussungsversuchs bezichtigt haben. Der unlösbare Zusammenhang der vorliegenden Sache mit dem Vorprozeß lag hiernach auf der Hand, und die Rev. selbst bezeichnet die Privatklagesache als „die Grundlage der ganzen Beurteilung des Straffalls". Der Vorsitzende überschritt daher keineswegs die ihm durch § 324 Abs. 1 StPO. gezogenen Grenzen, sondern handelte durchaus i. S. jener Vorschrift, indem er das Privatklageverfahren in seinen Vortrag mit einbezog oder letzteren nach dieser Richtung ergänzte. Die von der Rev. angeführten Entscheidungen treffen hier nicht zu. Daß die vom Gesetz angeordnete Reihenfolge der Prozeßhandlungen nicht in vollem Umfange gewahrt wurde, ist von der Rev. nicht bemängelt, würde auch den Bestand des Urteils nicht in Frage stellen. Die Rev. geht bei ihrer Rüge von der verfahrensrechtlich irrigen Vorstellung aus, es handele sich bei der Berichterstattung i. S. des § 324 Abs. 1 StPO. um einen Akt der tatrichterlichen Ermittlung des Sachverhalts. Dessen Aufklärung im Wege der Beweisaufnahme wird durch die Berichterstattung überhaupt nicht berührt (vgl. § 324 Abs. 2 StPO.). Trotz des „Referats" des Vorsitzenden würde mithin nichts im Wege gestanden haben, den Privatklagestreit — etwa im Wege der Urkundenverlesung — zum Gegenstand der Beweiserhebung zu machen. Die Rev. irrt jedoch, wenn sie davon ausgeht, die Privat-

---

weil von einer nicht legitimierten Person ausgehend, für unzulässig erklärte. Das RG. durfte aber die Auslegung des LG. durch eine andere ersetzen. Erst von seinem Standpunkt aus konnte die Berufungseinlegung als rechtswirksam erachtet werden.

Die Rechtslage ist für den erörterten Fall die gleiche wie für den Anschluß einer zur Nebenklage berechtigten Person, die, anstatt die Zulassung ausdrücklich zu erbitten, gegen ein bereits ergangenes Urt. ein Rechtsmittel einlegt. Auch hier ist vom RevG. die Anschlußberechtigung des Nebenklägers von Amts wegen zu prüfen und gegebenenfalls über sie selbständig zu befinden, auch wenn die untere Instanz die Zulassung bereits ausgesprochen hatte (RGSt. 35, 25; 53, 214; a. M. Oetker: JW. 1927, 1268 Note zu Nr. 27). Und ebenso kann bei der Nebenklage in der Einlegung eines Rechtsmittels eine Anschlußerklärung gefunden werden. Daß es auch hier auf die Beurteilung der konkreten Verhältnisse ankommt, ist in der grundlegenden Entsch. RGSt. 5, 385 klar ausgesprochen. Wenn in anderen Erkenntnissen, so in RGSt. 48, 235 („In der Einlegung der Revision ist eine genügende Anschlußerklärung zu erblicken"), zu diesem Punkte die Freiheit der Entschließung nicht zum Ausdruck gelangt ist, oder wenn es bei Löwe-Rosenberg, Komm., 17. Aufl., S. 865 Ziff. 7b heißt: „In der Einlegung ist die Anschlußerklärung von selbst enthalten", so halte ich dies nicht für richtig. Ausgeschlossen wäre es nicht, daß ein Verletzter, der einem zur Freisprechung des Angekl. führenden Prozeß beigewohnt hat, bei dem GS. wegen einer etwaigen Anfechtung des Urt. vorspricht und eine daraufhin protokollierte Berufungseinlegung unterschreibt, danach aber erklärt, daß er als Nebenkläger nicht auftreten wolle und das Protokoll in Unkenntnis der einschlagenden Rechtssätze unterzeichnet habe.

Ob in der besprochenen Entsch. das RG. seine Darlegungen nur für den zugrunde liegenden Rechtsfall hat geben wollen oder ob sie allgemeingültig sein sollen, wie sie auch der Einsender aufgefaßt haben mag, ist unklar. Ich kann nur das erstere annehmen und kann mir denken, daß über den Inhalt des reichsgerichtlichen Erkenntnisses niemand überraschter war als der Bürovorsteher, der vielleicht nie daran gedacht hat, an Stelle seines Chefs als Verteidiger eingesetzt zu werden.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Zu 74. Der im § 324 StPO. vorgeschriebene Vortrag ist beschränkt auf die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens. Ist es schon streitig, ob hierher auch solche vor der Hauptverhandlung erster Instanz liegende Prozeßvorgänge gehören, die in der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung nicht vorgetragen worden sind (v. Kries, Strafprozeß S. 655 Anm. 2, dagegen Loewe-Rosenberg zu § 324 Note 1c), so kann es nach dem klaren Wortlaut des Ges. keinem Zweifel unterliegen, daß Vorgänge, die außerhalb des Verfahrens sich ereignet haben, nicht zum Bestandteil des Berichtes gemacht werden dürfen. Ob und wieweit die Privatklageakten Gegenstand der Ermittelungen erster Instanz gebildet haben und insbes. in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erörtert worden sind, ist dem Urt. nicht zu entnehmen. Nur wenn dies der Fall war, durften sie als Bestandteil des bisherigen Verfahrens in der vorl. Sache zum Gegenstand der Berichterstattung gemacht werden. Aber auch dann muß das vom Instanzger. beobachtete Verfahren erheblichen Bedenken begegnen. Der Vortrag des Berichterstatters bildet einen in sich abgeschlossenen, die Verhandlung einleitenden Vorgang, der den Prozeßbeteiligten ein allgemeines Bild dessen geben soll, was sich im bisherigen Verfahren zugetragen und den Richter zu seiner Entsch., den BeschwFührer zur Einlegung der Berufung bestimmt hat. Er soll die eigentliche Verhandlung des Falles lediglich vorbereiten, keineswegs aber ihr als Grundlage dienen. Erst nachdem durch den Vortrag und durch Verlesung des erstinstanzl. Urt. ein unverbindliches Bild der früheren Ereignisse gezeichnet worden ist, beginnt die Aufnahme des Tatbestandes durch Vernehmung des Angeklagten und Erhebung der Beweise. Für den Vortrag des Berichterstatters ist in diesem Stadium des Verfahrens kein Raum mehr, und es muß zu bedenklichen, die Rechtsfindung gefährdenden Verwirrungen führen, wenn in diesem Stadium die Berichterstattung wieder aufgenommen wird, ohne daß zum mindesten völlig klargestellt wird, daß es sich dabei lediglich um eine Ergänzung des Berichtes und nicht um eine tatrichterliche Feststellung handelt. Der nach Vernehmung des Angekl. in das Protokoll aufgenommene Vermerk „aus der Privatklagesache pp. wird referiert", kann ebensowohl als eine richterliche Feststellung aus vorliegenden Akten, wie auch als Ergänzung des Berichtes des Vorsitzenden gedeutet werden. Im ersteren Falle konnte sie als Akt der Beweisaufnahme dem Urt. als Grundlage dienen, was im letzteren Falle durchaus unzulässig gewesen wäre, da der Bericht kein zulässiges Beweismittel i. S. des Strafprozesses darstellt. — Unter diesen Umständen und da die Privatklageakten, wie besonders hervorgehoben wird, die Grundlage der ganzen Beurteilung des Straffalles bildeten, wäre die Rüge sehr wohl geeignet gewesen, zur Aufhebung des angef. Urt. zu führen.

JR. Dr. S. Löwenstein, Berlin.

Klageakten, d. h. die sämtlichen in ihnen enthaltenen „Eingaben, Protokolle und übrigen Urkunden“, hätten als herbeigeschafftes Beweismittel im ganzen verlesen werden müssen. Diese Auffassung widerspricht der feststehenden Rspr. des RG. (vgl. u. a. RGSt. 24, 104). Hielten der Angekl. oder sein Verteidiger die Verlesung einzelner Stücke jener Akten für geboten, so hätten sie die Urkunden bezeichnen und ihre Verlesung beantragen müssen. Ein solcher Antrag ist nicht nur nicht gestellt; vielmehr haben nach der Zeugenvernehmung sämtliche Prozeßbeteiligten auf weitere Beweisaufnahme ausdrücklich verzichtet. Damit erledigt sich auch die Frage, ob das Protokoll über die Hauptverhandlung in der Privatklagesache um deswillen zu verlesen gewesen wäre, weil die Anklageschrift es unter den Beweismitteln anführt.

(3. Sen. v. 7. April 1927; 3 D 138/27.

75. [§ 325 StPO. **Unzulässig ist die Verlesung einer erstinstanzlichen Zeugenaussage während der „Berichterstattung“, wenn die wiederholte Vernehmung des Zeugen rechtzeitig beantragt war und die gem. § 325 StPO. erforderliche Zustimmung zur Verlesung nicht ausdrücklich erklärt ist. Heilung des Verstoßes durch Wahrunterstellung der in das Wissen des Zeugen gestellten Behauptungen.**]†)

Ausweislich der berichtigten Sitzungsniederschrift sind gelegentlich der Berichterstattung auch die Aussagen der in der ersten Instanz vernommenen Zeugen — mithin auch die Niederschrift über die Aussage des Zeugen Johann B. — und zwar „ohne Erinnerung seitens der Prozeßbeteiligten“ — verlesen worden. Mit der im § 324 Abs. 1 StPO. vorgesehenen Berichterstattung wird, wie auch der 3. StS. des RG. im Urt. III 183/27 v. 7. April 1927 ausgesprochen hat, der — lediglich prozessuale — Zweck verfolgt, den Gegenstand der Verhandlung zu bestimmen, insbesondere Inhalt, Umfang und Ziel des Rechtsmittels klarzustellen. Vorausgesetzt daß der Vortrag sich sachlich in diesen Grenzen hält, ist sein Inhalt und Umfang dem pflichtmäßigen Ermessen der Prozeßleitung überlassen. Die Verlesung der Aussagen aller in der ersten Instanz vernommenen Zeugen lag außerhalb der hiernach der Berichterstattung gezogenen Grenzen und war für die Zwecke der Berichterstattung nicht geboten. Es muß daher angenommen werden, daß es sich bei dieser Verlesung um einen Akt der Beweisaufnahme gehandelt hat, die im Rahmen der Berichterstattung mit erfolgt ist und von dieser auch formell nicht getrennt war. Dann war aber die Verlesung der Aussage des Zeugen B. nach § 325 StPO. unzulässig, weil der Verteidiger mittels des rechtzeitig vor der Hauptverhandlung eingegangenen Schriftsatzes die wiederholte Vernehmung dieses Zeugen beantragt hatte. Die Verlesung war auch nicht aus dem Grunde zulässig, weil sie „ohne Erinnerung seitens der Prozeßbeteiligten“ erfolgt ist. Denn die im § 325 a. a. O. vorgesehene Zustimmung der StA. und des Angekl. muß in der Regel ausdrücklich erklärt sein; nur unter ganz besonderen — hier nicht gegebenen — Umständen kann sie auch durch zweifelsfrei schlüssiges Verhalten (stillschweigend) erteilt werden. Auf dem hiernach vorliegenden Verfahrensverstoße beruht indes das Urt. nicht, weil die in das Wissen des Zeugen B. gestellten Tatsachen, die der Angekl. durch die wiederholte Vernehmung dieses Zeugen dartun wollte, nach den Ausführungen unter 1. als möglicherweise wahr behandelt und bei der Prüfung des Schuldbeweises mit gewürdigt worden sind.

(1. Sen. v. 17. Mai 1927; 1 D 341/27.) [A.]

76. [§ 329 Abs. 1 StPO. **„Ausbleiben“ setzt ordnungsmäßige Ladung voraus. Der Revisionsrichter ist an die Feststellung der Vorinstanz, daß die Ladung „ordnungsmäßig“ erfolgt sei, nicht gebunden.**]†)

Gegen das Urt. des Schöffengerichts, wonach die Angekl. wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung je zu Geldstrafe, ferner aber zur Entrichtung einer Geldbuße an den Nebenkl., den Hilfsförster Sch., verurteilt waren, hatten der OStA. und der Angekl. N. Berufung eingelegt. Da letzterer seine Berufung alsbald wieder zurückgenommen hatte, so war vor der StK. nur noch über die Berufung der StA. zu verhandeln. In dem hierfür anberaumten Termin, am 6. Nov. 1926, waren die Angekl. nicht erschienen. Das Gericht ist gleichwohl zur Hauptverhandlung geschritten und hat die Angekl. anstatt aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung wegen Forstwiderstandes nach § 117 StGB. unter Aufrechterhaltung des Ausspruchs bez. der Buße zu Gefängnisstrafen verurteilt. Mit Recht rügen die Rev. beider Angekl. die Unzulässigkeit des Verfahrens in ihrer Abwesenheit. Nach § 329 Abs. 1 StPO. war die StK. zu ihrem Vorgehen nur befugt, wenn die Angekl. in der Verhandlung vor dem BG. „ausgeblieben“ waren. „Ausbleiben“ kann nur, wer gehörig geladen ist. Die Frage, ob ein Ausbleiben genügend entschuldigt ist, kann erst auftauchen, wenn die ordnungsmäßige Ladung nachgewiesen ist.

Zu 75. Nach § 325 StPO. kann in der BerInst. die wiederholte Vernehmung eines Zeugen unterbleiben und durch Verlesung des Protokolls über die erstinstanzliche Aussage ersetzt werden, wenn der Zeuge weder wiederholt vorgeladen ist, noch seine Vorladung von dem Angekl. rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden ist und wenn weiter Staatsanwalt und Angekl. der Verlesung zustimmen. Daß beide Voraussetzungen für eine Verlesung nicht vorlagen, erkennt das RG. an. Dabei ist zweierlei bemerkenswert. Als Teil der „Berichterstattung“ im Gegensatz zur „Beweisaufnahme“ könnte eine solche Verlesung nach der Auffassung des RG. auch dann stattfinden, wenn die oben bezeichneten Voraussetzungen nicht gegeben sind. Ob aber die Verlesung in Wirklichkeit nur Teil der Berichterstattung war, soll nicht allein nach dem zeitlichen Zusammenhang der Verlesung entschieden werden, vielmehr danach, ob sie für eine bloße Berichterstattung sachlich erforderlich war. Sodann will beachtet sein, daß das RG. sich ebenso wie im Falle des § 245 für die Regel der Fälle nicht mit einer stillschweigenden Zustimmung begnügt. Gemeint ist offenbar, daß ein bloßes passives Verhalten der Prozeßbeteiligten nicht als Zustimmung gewertet werden darf, daß aber andererseits von einer wörtlichen Zustimmungserklärung abgesehen werden kann, wenn durch ein bestimmtes Verhalten unzweideutig eine Zustimmung zum Ausdruck kommen sollte und zum Ausdruck gekommen ist. Dafür müssen dann besondere Anhaltspunkte vorliegen.

Nicht zutreffend erscheint es, wenn das vorl. Urt. die Frage des Beruhens des Urt. auf dem Prozeßverstoß verneint, weil das, was der Angekl. durch Vernehmung des Zeugen unter Beweis gestellt hatte, als möglicherweise wahr behandelt worden ist. Wird nach Verlesung des Protokolls in einem Falle, in dem die Voraussetzungen für die Verlesung gegeben waren, ein Antrag auf nochmalige Vernehmung des Zeugen gestellt, so ist ein solcher Antrag allerdings lediglich als ein Beweisantrag i. S. des § 244 zu werten. Liegen aber diese Voraussetzungen nicht vor, so ist der Beweiserhebungsanspruch des Angekl. von der Erheblichkeit und Beweisbedürftigkeit seines Vorbringens nicht abhängig. Deshalb greifen die Grundsätze des § 245 Platz. Dann kann aber der Beweiszwang des Gerichts nicht dadurch eliminiert werden, daß das Vorbringen des Antragstellers als wahr behandelt wird. Nur wenn sich die Möglichkeit ausschließen läßt, daß der Zeuge, dessen Vernehmung geboten war, bei seiner Vernehmung ganz abgesehen von den in sein Wissen gestellten Tatsachen nichts zugunsten des Antragstellers bekundet hätte, ist die Unterlassung seiner Vernehmung unerheblich. Es liegt sicherlich nicht i. S. des § 325, daß Zeugenvernehmungen, die nach dieser Vorschrift stattfinden müssen, durch Wahrunterstellung ersetzt werden können. In so weitgehendem Maße ist an eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips für die BerInst. nicht gedacht worden.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 76. Die Entsch. ist in jeder Beziehung zutreffend. Wenn dem Angekl. in der Ladung zur Hauptverhandlung in der BerInst. lediglich mitgeteilt wird, im Falle seines Ausbleibens werde seine Berufung verworfen werden, so braucht er auch nur hiermit, nicht aber mit der Möglichkeit zu rechnen, daß über eine Berufung der StA. ohne ihn verhandelt werden wird. Die Ladung war also nicht vorschriftsmäßig, und das Ausbleiben des Angekl. nicht unentschuldigt. Das durfte das RG. selbständig unter Heranziehung des zur Verwendung gelangten Ladungsformulars nachprüfen (vgl. Löwe-Rosenberg 2b zu § 337; Ditzen, Dreierlei Beweis im Strafverfahren, 1926, S. 44 ff., 71 ff.). Hieran wird es selbstverständlich auch nicht durch den Protokollvermerk, der Angekl. sei „ordnungsmäßig“ geladen, gehindert. Denn dieser Vermerk betrifft — wie das RG. zutreffend ausführt — keine Förmlichkeit des Verfahrens, sondern enthält ein rechtliches Werturteil, und noch dazu eine Beurteilung eines der Hauptverhandlung voraufgehenden Sachverhalts. § 274 aber betrifft nur Förmlichkeiten der Hauptverhandlung (vgl. Löwe-Rosenberg 2 zu § 274, und im allgemeinen über § 274 Dietzen a. a. O. S. 60 ff.).

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Fehlt es daran, so greift der allgemeine verfahrensrechtliche Grundsatz des § 230 Abs. 1 StPO. Platz, wonach gegen den abwesenden Angekl. nicht verhandelt werden darf. Auf Grund des Revisionsvorbringens i. Verb. mit dem Akteninhalt muß jedoch für bewiesen erachtet werden, daß eine ordnungsmäßige Ladung nicht erfolgt war, also im Termin zur Hauptverhandlung auch nicht nachgewiesen worden sein kann. Zwar hatte der OStA. die Ladung der Beschwerdeführer zur Hauptverhandlung vorschriftsmäßig „nach Formular 224“, also mit dem gem. § 323 Abs. 1 StPO. gebotenen Hinweis auf die Folgen etwaigen Ausbleibens angeordnet; tatsächlich ist aber zu den Ladungen das Formular 221 benutzt, mithin den Angekl. eröffnet worden, daß im Falle ihres Nichterscheinens „die von ihnen eingelegte Berufung verworfen“ werden würde. Der Vermerk im Sitzungsprotokoll, es sei festgestellt worden, daß die Angekl. „ordnungsmäßig“ geladen seien, und es sei deshalb auf Antrag der Staatsanwaltschaft beschlossen worden, in ihrer Abwesenheit zu verhandeln, enthält keine der Beweiskraft des § 274 StPO. unterliegende Feststellung, sondern ein rechtliches Urt. über einen der Hauptverhandlung vorausgegangenen Verfahrensakt und ist unrichtig. Die ordnungswidrige Ladung war einer Nichtladung gleichzuachten. Hiernach lag also der Ausnahmefall des § 329 Abs. 1 StPO. von dem Grundsatz der Unzulässigkeit einer Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angekl. nicht vor und ist deshalb der zwingende Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. gegeben (vgl. RGSt. 29, 44 [47]; 36, 316 [317]).

(3. Sen. v. 21. März 1927; 3 D 133/27.) [A.]

77. [§ 329 StPO. Das RevG. hat nicht nachzuprüfen: 1. ob das Ausbleiben des Angekl. „genügend entschuldigt“ war; 2. die tatsächliche Beurteilung der Entschuldigungsfrage gegenüber dem Wiedereinsetzungsgesuche.] †)

Die StK. betrachtet das Ausbleiben des Angekl. in dem Hauptverhandlungstermin v. 7. Juni 1926 deshalb als nicht genügend entschuldigt, weil er seinen schriftlichen Antrag v. 4. Juni 1926, eingegangen am 5. Juni, auf Aufhebung des Termins wegen seiner Reiseunfähigkeit verspätet gestellt und durch die Angabe einer unrichtigen Adresse seine Nichtbescheidung selbst verschuldet habe. Zu letzterem Grunde ist zu bemerken, daß der Angekl. in dem erwähnten Vertagungsantrag als seine Adresse „Sch., Hstr. 4/5“ angegeben hatte. Unter dieser Adresse sandte das Gericht an ihn die telegraphische Mitteilung ab, daß die Terminsverlegung abgelehnt werde und daß ohne amtsärztliches Attest sein Ausbleiben nicht als entschuldigt angesehen werde. Darauf ging die telegraphische Nachricht des Amts K. ein, daß der Angekl. Hstr. 4/5 nicht ermittelt sei. Die bei den Akten befindliche amtliche Auskunft des Einwohnermeldeamts B. ergibt, daß der Angekl. seit dem 1. Juni 1926 nach Sch., Hstr. 5, als Untermieter gemeldet war. Bei dieser Sachlage konnte das Rechtsmittel keinen Erfolg haben. Wie der erk. Sen. bereits in dem Urt. v. 23. Dez. 1926 — 2 D 1015/26 — ausgesprochen hat, kann die Frage, ob das Ausbleiben des Angekl. genügend entschuldigt ist, nach der tatsächlichen Seite von dem RevG. nicht nachgeprüft werden. Um eine Prüfung der Entschuldbarkeit der Versäumnis in tatsächlicher Hinsicht herbeizuführen, ist dem Angekl. in § 329 Abs. 2 StPO. die Möglichkeit gegeben, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand „unter den in den §§ 44, 45 bezeichneten Voraussetzungen“ zu beanspruchen. Nach § 44 ist es als ein unabwendbarer Zufall anzusehen, wenn der Antragsteller von einer Zustellung ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat. Im gegebenen Falle hat der Angekl. von dem Wiedereinsetzungsgesuch mit dem Erfolge Gebrauch gemacht, daß das Gesuch durch Beschluß des LG. v. 8. März 1927 als unbegründet verworfen worden ist, da der Angekl. in dem Vertagungsantrag den Namen seines Vermieters nicht angegeben habe und es daher auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen sei, wenn ihn die Ablehnung des Antrags unter der von ihm angegebenen unvollständigen Adresse nicht erreicht habe. Neben dem Wiedereinsetzungsgesuch, dessen tatsächliche Beurteilung der Schuldfrage das RevG. nicht nachzuprüfen hat, ist das Rechtsmittel der Rev. nur nach Maßgabe des § 337 StPO. zulässig. Einen Rechtsirrtum, insbesondere eine unrichtige Auslegung des Begriffs der ungenügenden Entschuldigung, läßt aber die Annahme der StK. nicht erkennen, daß unter den von ihr festgestellten Umständen das Ausbleiben des Angekl. in dem Berufungstermin nicht als genügend entschuldigt zu betrachten ist. Namentlich kann die Rev. nicht auf die tatsächliche Behauptung gestützt werden, daß es lediglich an der Postbehörde gelegen habe, wenn der Bescheid dem Beschwerdeführer nicht zugegangen sei.

(2. Sen. v. 23. Mai 1927; 2 D 324/27.) [D.]

78. [§ 331 StPO. Eine höhere Bemessung der Einzelstrafen unter Aufrechterhaltung der früheren Gesamtstrafe bedeutet einen Verstoß gegen § 331 StPO.] †)

Das SchöffG. zu St. hatte den Angekl. wegen „fortgesetzter Verleitung zum Meineide“ zu einer Zuchthausstrafe von 1 Jahre und 3 Monaten verurteilt. Seine Berufung hat die StK. in St. durch Urt. v. 18. Juni 1926 mit der Maß-

---

Zu 77. Diese Entsch. ist weder in ihrer Begründung noch in ihrem Ergebnis befriedigend. Es handelt sich um einen der schwierigen Grenzfälle des § 337 StPO., die eine Verwischung der scharfen Grenzen zwischen Tatsächlichem und Rechtlichem aufweisen. Wer die Entsch. billigt, muß die Beurteilung der Frage, ob das Ausbleiben des Angekl. i. S. des § 329 StPO. „nicht genügend entschuldigt“ ist, in das freie Ermessen des Tatsachenrichters stellen. Eine solche Preisgabe des Angekl. an die Willkür des Unterrichters in wichtigen Verfahrensbelangen kann aber nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Rosenberg erkennt ausdrücklich in Anm. 4 zu § 329 die Zulässigkeit der Revision gegen ein die Berufung wegen nicht genügender Entschuldigung verwerfendes Urt. an. Auch das RG. selbst bejaht grundsätzlich in der obigen Entsch. die Möglichkeit der Nachprüfung, ob das BG. den Begriff der ungenügenden Entschuldigung unrichtig ausgelegt hat. Das RG. entzieht sich aber im gleichen Atemzug diese Möglichkeit einer Nachprüfung, indem es die Punkte, auf die es hierbei ankommt, nämlich einerseits die Nichtangabe des Obermieters seitens des Angekl., anderseits die Nachlässigkeit der Post bei Ermittlung des Telegrammadressaten, in das Gebiet der „tatsächlichen Beurteilung der Schuldfrage“ wegschiebt. Mir scheint diese Unterscheidung des RG. unzutreffend. Der Revisionsrichter kann die Frage, ob der BR. zu Unrecht eine nicht genügende Entschuldigung i. S. des § 329 StPO. angenommen und damit diese Verfahrensvorschrift verletzt hat, ob er m. a. W. den strafprozessualen Rechtsbegriff der „ungenügenden Entschuldigung“ verkannt hat, nicht abstrakt, sondern immer nur an Hand der vom BR. festgestellten Tatsachen entscheiden. Gewiß, der Revisionsrichter darf an diese festgestellten Tatsachen nicht rühren; er darf die Feststellung der Tatsachen nicht nachprüfen. Aber er darf und muß die Tatsachen heranziehen, wenn er auf die Revisionsbeschwerde hin zu entscheiden hat, ob die auf diese Tatsachen gestützte Entschuldigung des Angekl. im prozeßrechtlichen Sinne „genügend“ ist oder nicht.

Es geht nicht an, die Entsch. des BG. über die Entschuldigungsfrage des § 329 Abs. 1 StPO. als „tatsächliche Beurteilung der Schuldfrage“ der Prüfung des Revisionsgerichts zu entziehen. Was heißt überhaupt „tatsächliche Beurteilung der Schuldfrage“? Doch wohl die Urteilsbildung darüber, ob eine Tatsache festzustellen ist. Nur die nackte Tatsache als solche. Handelt es sich aber darum, zu untersuchen, ob diese Tatsache prozeßrechtliche Wirkungen nach sich zieht, ob eine Vorschrift der Prozeßordnung darauf anzuwenden ist, ob z. B. im vorliegenden Falle die tatsächlich erfolgte Entschuldigung des Ausbleibens als „genügend“ im prozeßrechtlichen Sinne zu erachten ist, so geht die „tatsächliche Beurteilung“ zweifellos in eine „rechtliche Beurteilung“ über, die der Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt; zumal auch noch — wie Rosenberg, Komm. 2b zu § 337 ausführt — bei der Prüfung prozeßrechtlicher Beschwerden die Aufgabe des Revisionsrichters nicht so eng begrenzt ist, wie bei der Beurteilung des Straffalles selbst, weshalb er „hier auch zur freien Würdigung der tatsächlichen Unterlagen der Beschwerde berufen ist“.

Der in obiger Entsch. zum Ausdruck gekommene überaus formalistische Standpunkt des RG. wird von einer Reihe namhafter Gelehrter, z. B. Beling (Festschrift für Binding 2, 146), Kautter, Hegler, Alsberg u. a. überzeugend bekämpft.

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Zu 78. Die vorliegende Entsch. entspricht der bisherigen Rspr. des RG. zur Frage der reformatio in peius. Zunächst insofern, als die Tatsache, daß das BG. im Gegensatz zur ersten Instanz an-

gabe verworfen, daß nicht eine fortgesetzte Handlung, sondern zwei selbständige Handlungen vorliegen. In den Urteilsgründen ist ausgeführt, daß der Angekl. für jeden Fall eine Zuchthausstrafe von 2 Jahren und eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte verdient hätte; wegen § 331 StPO. hätte es aber bei der von dem SchöffG. erkannten Strafe von nur 1 Jahre 3 Monaten Zuchthaus verbleiben müssen. Durch Urteil des erk. Sen. v. 21. Okt. 1926 wurde diese Entsch. nur im Strafausspruch aufgehoben und die Sache insoweit an die Vorinstanz zurückverwiesen. Die Gründe weisen unter anderem daraufhin, daß bei der Annahme zweier selbständiger Handlungen gemäß § 74 StGB. unter Berücksichtigung der durch § 331 StPO. gezogenen Grenze die verwirkten Einzelstrafen festzusetzen sind. Nunmehr hat die StK. die Berufung des Angekl. mit der Maßgabe verworfen, daß er wegen Unternehmens der Verleitung zum Meineide in zwei Fällen zu je 2 Jahren Zuchthaus und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von 4 Jahren, im ganzen aber nur zu einer Gesamtstrafe von 1 Jahr und 3 Monaten Zuchthaus verurteilt wird. Mit Recht rügt die Rev., daß die StK. die Grenze des § 331 StPO., auf die das RevUrt. hingewiesen hatte, nicht beachtet hat. Da die Verhängung der nach § 74 StGB. festzusetzenden Einzelstrafen einen selbständigen richterlichen Ausspruch darstellt, welcher der Rechtskraft fähig ist, genügt es zur Wahrung der genannten Vorschrift nicht, wenn nur die Gesamtstrafe nicht höher ausgefallen ist. Vielmehr enthält schon eine höhere Bemessung der Einzelstrafen unter Aufrechterhaltung der früheren Gesamtstrafe eine Abänderung des Urteils zum Nachteil des Angekl. Sie beschwert ihn in Anbetracht der Möglichkeit, daß bei Wegfall der Verurteilung wegen eines der zusammentreffenden Delikte (in der Rechtsmittelinstanz oder im Wiederaufnahmeverfahren) die nicht in Wegfall gebrachte Strafe wegen des anderen Delikts als selbständig zu verbüßende in Frage kommen kann (vgl. RGSt. 26, 169; GoltdArch. 55, 316). Im vorliegenden Falle durften daher nicht nur die Gesamtstrafe, sondern auch die für jeden Fall der unternommenen Verleitung zum Meineid festzusetzenden Einzelstrafen die Dauer von 1 Jahr und 3 Monaten Zuchthaus nicht übersteigen. Ebensowenig war eine Verschärfung der von dem SchöffG. erkannten Strafe durch Hinzufügung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig. Mit Rücksicht auf die von ihr hervorgehobenen Umstände und auf die Vorstrafen des Angekl. hat das BG. nicht die gesetzliche Mindeststrafe für ausreichend, sondern eine Zuchthausstrafe von 2 Jahren für jeden Fall der unternommenen Verleitung zum Meineid für angemessen erachtet. Hiernach ist mit Sicherheit anzunehmen, daß eine niedrigere Einzelstrafe, als 1 Jahr 3 Monate Zuchthaus keinesfalls dem Willen der StK. entsprach. Liegt die Sache aber so, daß sie eine niedrigere Einzelstrafe nicht festsetzen wollte und eine höhere nicht festsetzen durfte, so handelt es sich um eine absolut bestimmte Strafe. Unter Anwendung des § 354 StPO. konnte daher das RevG. in der Sache selbst erkennen (Festsetzung einer Einzelstrafe von je 1 Jahr 3 Monate Zuchthaus, Fortfall der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte).

(2. Sen. v. 21. März 1927; 2 D 160/27.) [A.]

79. [§§ 333 ff. StPO. Beschränkung der Rev. darauf, daß dem Angekl. eine längere Zeit als durch die Untersuchungshaft verbüßt angerechnet ist, als er tatsächlich verbüßt hat.]

Die Staatsanwaltschaft ficht das BU. nur insoweit an, als dieses erklärt, daß acht Monate der gegen den Angekl. J. erkannten Strafe durch die erlittene Untersuchungshaft verbüßt seien. Die so umgrenzte Beschränkung des Rechtsmittels ist zulässig (RGSt. 41, 319); die Beschwerde ist auch begründet. Wie das angefochtene Urteil feststellt, hat der Angeklagte J. weniger als 8 Monate, nämlich nur vom 1. April bis 7. Okt. 1926, also lediglich 6 Monate und einige Tage in Untersuchungshaft gesessen. Eine längere Strafzeit konnte somit, wie schon das BG. selbst in der Begründung seines Urteils bemerkt und ausgesprochen hat, nicht für verbüßt erachtet werden. Die irrtümlich darüber hinaus geschehene Anrechnung tatsächlich überhaupt nicht erlittener Untersuchungshaft ist zwar wirkungslos (RGSt. 59, 411), muß aber auf die erhobene Beschwerde beseitigt werden.

(2. Sen. v. 25. April 1927; 2 D 210/27.) [A.]

80. [§§ 395, 397, 403 StPO. Die Anschlußerklärung als Nebenkl. verliert nicht dadurch ihre Wirksamkeit, daß der Nebenkl. einen ihm zustehenden Bußanspruch nicht geltend macht.] †)

In dem Verfahren gegen den Angekl. wegen Vergehens gegen § 230 Abs. 1 und 2 StGB. ist bei Eröffnung des Hauptverfahrens als Nebenkl. die Mutter des minderjährigen Verletzten als dessen gesetzliche Vertreterin zugelassen worden. Der gesetzliche Vertreter übt das Recht zum Anschluß als Nebenkl. nicht als eigenes, sondern als ein dem Verletzten zustehendes aus. Dieser Rechtslage würde es mehr entsprochen haben, wenn der Verletzte, gesetzlich vertreten durch seine Mutter, als Nebenkl. bezeichnet und zugelassen worden wäre. Immerhin kommt bei der Zulassung, wie sie hier erfolgt ist, hinreichend zum Ausdruck, daß die Mutter nur zur Verfolgung der Rechte ihres nicht prozeßfähigen Sohnes und in Wahrheit dieser zur Nebenklage zugelassen worden ist. Der Angekl. bemängelt auch nicht die ursprüngliche Zulassung. Wenn er zur Begründung der Rev. geltend macht, die Berufung sei unzulässigerweise „nur vom Nebenkl. eingelegt, der einen Anspruch auf Buße nicht habe“, meint er vielmehr offensichtlich: weil der Nebenkl. bis zur Verkündung des Schöffengerichtsurteils keinen Antrag auf Zuerkennung einer Buße gestellt und damit das Recht verloren habe, den Bußanspruch im Wege der Nebenklage geltend zu machen, sei er

---

statt einer Handlung zwei selbständige Handlungen angenommen hat, dem Verbot der reformatio in peius nicht zuwiderläuft (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO. § 331 Anm. 2 Abs. 2 mit der dort angeführten Judikatur). Vielmehr ist das BG. bei der rechtlichen Würdigung des Falles gegenüber der Vorinstanz unabhängig, ja sogar, wie Löwe-Rosenberg, § 331 Anm. 2 Abs. 1 hervorhebt, nach dem Prinzip der materiellen Wahrheit dazu verpflichtet, „die Bezeichnung des Delikts in der Urteilsformel richtigzustellen“, selbst wenn diese Richtigstellung den BerKl. belastet (vgl. auch Gerland, Der Deutsche Strafprozeß 1927, 412 Nr. 3a). Ferner bezieht sich das Verbot der reformatio in peius nur auf die Strafe als solche, was zwar nicht aus dem Wortlaut des § 331 StPO., wohl aber aus seiner Parallelstellung zu § 358 hervorgeht (vgl. Löwe-Rosenberg, § 331 Anm. 2 Abs. 1; Gerland a. a. O. mit der dort genannten Judikatur).

Daß nun aber ein Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius vorliegt, wenn zwar nicht die Gesamtstrafe, wohl aber die nach § 74 StGB. festzusetzenden Einzelstrafen höher sind als die von der ersten Instanz erkannten Einzelstrafen, wird vom RG. im obigen Urt. überzeugend nachgewiesen. Es widerspricht nur insofern dem Wortlaut des § 74 StGB., als die erkannte Gesamtstrafe nicht höher ist als jede der vom RG. gem. § 354 StPO. festgesetzten Einzelstrafen. Jedoch dürfte dieser Widerspruch zu § 74 StGB. als eine zuweilen unvermeidbare Folge aus der oben erwähnten Selbständigkeit der höheren Instanz in der Rechtsfrage und ihrer Unselbständigkeit in der Straffrage hinzunehmen sein.

Prof. Dr. Honig, Göttingen.

Zu 80. Dem Urt. kann nur vollinhaltlich beigepflichtet werden. Zunächst ist es erfreulich, daß das RG. dem zweifellos vorhandenen formalen Bedenken keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat. Nicht der Mutter des minderjährigen Verletzten als dessen gesetzlichen Vertreterin, sondern dem Verletzten selbst, vertreten durch seine Mutter, stand das Recht auf Buße und somit die Befugnis zum Anschluß als Nebenkl. zu, wenngleich er dieses Recht nicht persönlich, sondern nur durch seinen gesetzl. Vertreter ausüben konnte (RGSt. 37, 63, vgl. RGSt. 9, 124). Daß der Beitritt der Mutter als Nebenkl. in diesem Sinne, nämlich als der gesetzl. Vertreterin des Verletzten für diesen gewollt war, konnte unter den obwaltenden Umständen nicht zweifelhaft sein, und es kann daher nur gebilligt werden, wenn das RG. aus dem abweichenden Wortlaut der Anschlußerklärung nicht die Unzulässigkeit des Anschlusses hergeleitet hat.

Auch der Umstand, daß der gesetzliche Zulassungsgrund für die Nebenkl. nämlich der Anspruch auf Buße (§ 403 Abs. 1 StPO.), in erster Instanz nicht geltend gemacht war und infolgedessen gem. § 404 Abs. 1 in der BerInstanz nicht mehr geltend gemacht werden konnte, machte den Nebenkl. seines Rechtes, im weiteren Verfahren als Nebenkl. alle sonstigen Rechte des Nebenkl. auszuüben und insbes. Berufung einzulegen, nicht verlustig. Der Beschl. d. OLG. Dresden v. 22. Okt. 1926, dessen Unrichtigkeit in der Anm. von Weber (JW. 1927, 132[5]) überzeugend nachgewiesen ist, obgleich Löwe-Rosenberg und auch Feisenberger 1925 zu § 403 Note 2a, erstere unter Aufgabe ihrer früheren abweichenden Ansicht, dem Beschl. im Ergebnis beizupflichten, steht nicht im Widerspruch, weil er nur

auch zur Einlegung der Berufung nicht mehr befugt gewesen. Diese Ansicht ist unrichtig. Die Bezugnahme auf OLG. Dresden v. 22. Okt. 1926 (1 O St Reg. 309/26) ist schon deshalb verfehlt, weil in ihm, wenigstens soweit er in der JW. 1927, 132 f. abgedruckt ist, und ebenso in KG. v. 7. Juni 1918 (W 290/18 [GoltdArch. 66, 285]) nur entschieden wird, ob der, dem ein Bußanspruch zusteht, seinen Anschluß als Nebenkl. mit Erfolg noch erklären kann, wenn er bis zum Erlaß des erstinstanzlichen Urt. den Bußanspruch nicht geltend gemacht hat. Einer Würdigung dieser mit der festzuhaltenden ständigen Rspr. des RG. (RGSt. 5, 335; 41, 168 [176 f.]; 3 D 71/26 [Recht 30, Nr. 1015]; 1 D 810/26) sich in Widerspruch setzenden Entsch. bedarf es in vorliegender Sache nicht, weil in ihr nur zu prüfen ist, ob der vor Verkündung des Urt. erster Instanz erklärte und vom Gericht zutreffend als berechtigt anerkannte Anschluß als Nebenkl. dadurch hinfällig und unwirksam wird, daß der Nebenkl. von seiner Befugnis, Buße zu fordern, keinen Gebrauch gemacht hat. Diese Frage ist zu verneinen. Durch die Zulassung (RGSt. 48, 235) erlangt der Nebenkl. das Recht, im anhängigen Verfahren die Zuerkennung einer Buße zu fordern und daneben alle in §§ 397 ff. StPO. dem Nebenkl. zugesprochenen verfahrensrechtlichen Befugnisse auszuüben. Dadurch, daß er eines dieser Rechte nicht ausnützt, verliert er nicht die andern. Schon weil es für die Zulässigkeit des Anschlusses nach § 403 Abs. 1 StPO. bedeutungslos ist, ob der Bußanspruch wirklich geltend gemacht werden soll (RGSt. 59, 100 [103]), kann die Zulassung zur Nebenklage nicht dadurch unwirksam, der Nebenkl. in seinen sonstigen Rechten nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß der Antrag auf Zuerkennung einer Buße nicht gestellt oder aber zurückgenommen, rechtskräftig abgewiesen oder ihm stattgegeben worden ist (RGSt. 6, 240; 41, 168 [176 f.]; 51, 129 [131]). Der Anschluß als Nebenkl. war und blieb überdies — unabhängig vom Bestehen eines Bußanspruchs — zulässig auf Grund des § 395 StPO., weil die rechtliche Möglichkeit der Beurteilung der Tat als einer mit Privatklage verfolgbaren Körperverletzung nach § 230 Abs. 1 StGB. bestand. § 374 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

(2. Sen. v. 31. März 1927; 2 D 164/27.) [A.]

**81. [§ 443 MilStGerO.; §§ 24, 19, 20 Ges. vom 17. Aug. 1920. Für die Entsch. über die Zulassung des Antrages auf Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil eines Militärgerichts abgeschlossenen Verfahrens eines der Militärgerichtsbarkeit nicht mehr unterstehen- Angekl. ist das LG. zuständig.]†)

Durch Urteil des Kriegsgerichts der Seestreitkräfte der Ostsee v. 9. Juni 1925 ist der Angekl., der damals an Bord eines Linienschiffes eingeschifft war, wegen gefährlicher Körperverletzung rechtskräftig verurteilt worden. Am 27. Juli 1926 ist er einem Landmarineteil überwiesen worden, so daß er von diesem Zeitpunkt an der Militärgerichtsbarkeit nicht mehr untersteht (§ 1 des Ges. betr. Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit v. 17. Aug. 1920 [RGBl. 1579]). Unter dem 18. Aug. 1926 hat er den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt. Diesen Antrag hat das Gericht der Seestreitkräfte der Ostsee dem RG. zum weiteren Befinden vorgelegt mit der Begründung, daß gemäß § 443 MilStGerO. i. Verb. mit § 24 Abs. 2 des Ges. betr. Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit die Zuständigkeit des RG. gegeben sei. Die Zuständigkeit des RG. ist nicht begründet. Richtig ist zwar, daß nach § 443 MilStGerO. über die Zulassung des Antrages auf Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil eines Militärgerichts abgeschlossenen Verfahrens das Reichsmilitärgericht zu entscheiden hat und gemäß § 24 Abs. 2 des Ges. vom 17. Aug. 1920 in den dort bezeichneten Fällen bis zur anderweiten Regelung das RG. an die Stelle des Reichsmilitärgerichts tritt. Diese Anordnung ist aber nur für ein in Kriegszeiten oder gegen die an Bord von in Dienst gestellten Kriegsschiffen eingeschifften Angehörigen der Reichsmarine stattfindendes ordentliches Verfahren getroffen. Sie kann daher auf den inzwischen einem Landmarineteil überwiesenen Angeklagten keine Anwendung finden. Nun bestimmt der § 24 Abs. 1 des Ges. v. 17. Aug. 1920 allerdings, daß beim Aufhören des Bordverhältnisses auf das Verfahren gegen Angehörige der Reichsmarine der § 19 daselbst entsprechende Anwendung findet. Der § 19 enthält jedoch, wie sich aus dem Wortlaut des Einleitungssatzes ohne weiteres ergibt, nur Überleitungsbestimmungen betr. die vor den Militärgerichten schwebenden Verfahren. Von einem schwebenden Verfahren kann aber bei der Entscheidung über die Zulassung eines Antrages auf Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nicht die Rede sein. Wenn in dem Übersendungsschreiben des Gerichts der Seestreitkräfte der Ostsee darauf hingewiesen wird, daß der § 20 des Ges. vom 17. Aug. 1920 nicht in Frage komme, weil in § 24 a. a. O. für den Fall des Aufhörens des Bordverhältnisses nur der § 19 für entsprechend anwendbar erklärt sei, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Gemäß § 1 des angeführten Gesetzes ist für die Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag die Gerichtsbarkeit des ordentlichen bürgerlichen Gerichts gegeben. Durch die Bestimmungen des § 20 soll — wie schon aus dem Wortlaut ersichtlich — nur die Zuständigkeitsfrage für die Entscheidung über Wiederaufnahmeanträge innerhalb der bürgerlichen Gerichtsbarkeit geregelt werden. Hiernach ist für die Entscheidung des von dem Angekl. gestellten Wiederaufnahmeantrags die Zuständigkeit des in § 20 Abs. 1 bezeichneten LG. begründet. Die Entsch. entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.

(Beschl. des 3. Sen. v. 25. Okt. 1926; 3 T B 78/26.) [A.]

---

den Fall betrifft, wo zur Zeit des Anschlusses als Nebenkl. der Bußanspruch bereits erloschen war. Daß aber der Anschluß zulässig ist, wenn er zur Zeit des Bestehens des Bußanspruchs erklärt wird, auch wenn das Recht auf Buße vom Nebenkl. nicht ausgeübt wird, ist, soweit ich sehe, unbestritten (vgl. Löwe-Rosenberg a. a. O., Feisenberger und auch Kohlrausch zu § 403 Note 1). Ist aber die Zulassung als Nebenkl. einmal rechtswirksam erfolgt, so wirkt sie für das gesamte Verfahren fort ohne Rücksicht darauf, ob das Recht, auf dem die Anschlußbefugnis beruht, demnächst tatsächlich ausgeübt oder durch Nichtausübung erloschen ist.

JR. Dr. Löwenstein, Berlin.

Zu 81. Dieser Satz ist der entscheidende. Die §§ 2 bis 23 gehören zusammen. Sie regeln das aus der Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit im § 1 sich ergebende bürgerliche Strafverfahren. Der § 24 ordnet dagegen das Gebiet der durch § 1 in gewissen Grenzen aufrechterhaltenen militärischen Gerichtsbarkeit. Lediglich auf diesem Gebiet soll das RG. an die Stelle des RMG. treten.

LGR. Dr. Rissom, Flensburg.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Bayern.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

1. § 72 Abs. 2 RJugWohlfG. Im Aufhebungsverfahren sind die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung nachzuprüfen.

Die Frage wird im Schrifttum verneint mit dem Hinweise darauf, daß das RJugWohlfG., abweichend von den §§ 578 ff. ZPO., keine Wiederaufnahme des Verfahrens kenne (vgl. Schiedermair, RJugWohlfG. § 72 Anm. 4, Vorbem. vor Abschn. VI, 2n; Fichtl, RJugWohlfG. § 72 Anm. 5; Behrend, RJugWohlfG. § 72 Bem. Abs. 3). Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Zwar läßt das RJugWohlfG. im § 72 Abs. 2 ebenso wie das PreußFEG. v. 2. Juli 1900 im § 13 Abs. 2 eine Aufhebung der Fürsorgerziehung vor der Volljährigkeit des Zöglings nur dann zu, wenn der Zweck der Fürsorgeerziehung erreicht oder anderweit sichergestellt ist.

In der Rechtsprechung zum PreußFEG. scheint denn auch der Standpunkt festgehalten worden zu sein, daß es unzulässig sei, die Fürsorgeerziehung um deswillen aufzuheben, weil die Gründe der Anordnung nicht stichhaltig gewesen seien (vgl. Gordan-Lehmann-Niese, PreußFEG. zu § 13 Anm. 9).

Der Erreichung des Zweckes der Fürsorgeerziehung muß jedenfalls gleichgestellt werden, wenn sich im Aufhebungsverfahren herausstellt, daß tatsächliche Verhältnisse, die eine wesentliche Grundlage der Anordnung bildeten, überhaupt nicht vorhanden waren und demzufolge die weitere Ausführung der Fürsorgeerziehung grund- und zwecklos ist. Es kann nicht Rechtens sein, daß, wenn die Verwahrlosung oder die Gefahr der Verwahrlosung nur auf eine strafbare Handlung des Minderjährigen gegründet war, die Fürsorgeerziehung noch weiter ausgeführt werden darf, wenn sich im

Aufhebungsverfahren ergibt, daß der Minderjährige die strafbare Handlung nicht begangen hat, und demzufolge die Fortsetzung der Fürsorgeerziehung grund- und zwecklos ist. Dem kann nicht mit Grund der Ausschluß eines Wiederaufnahmeverfahrens entgegengehalten werden, weil dies dem Sinne des § 72 Abs. 2 RJugWohlfG. widerspricht. Ein ähnlicher Gedanke lag schon der Entsch. des ObLG. v. 27. Aug. 1927 (BayObLG. 18, 172, 174) zugrunde, die das BayFEG. betraf, es muß aus sinngemäßen Erwägungen auch dem § 72 Abs. 2 RJugWohlfG. gegenüber zur Geltung gebracht werden.

(BayObLG., Beschl. v. 14. März 1927, Reg. III 24/27.)

Mitgeteilt von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

I. Materielles Recht.

1. §§ 41, 42, 360 Ziff. 11 StGB. 1. **Zur Verhängung der in §§ 41, 42 StGB. vorgeschriebenen Maßregeln genügt es, wenn nach dem Inhalt der Schrift der äußere Tatbestand einer strafbaren Handlung gegeben ist.**

2. **Bei einer Antragstellung nach §§ 41, 42 StGB. ist die etwaige Strafbarkeit des Inhaltes einer Schrift von Amts wegen nach allen rechtlichen Gesichtspunkten, die in Betracht kommen können, zu beurteilen.**

3. **Bei Antragsdelikten schließt der Mangel des Strafantrags auch das objektive Verfahren aus (RGSt. 11, 121; a. M. Leipz. Komm. § 42 Anm. 6 a)**

4. **Die Verjährung der Straftat schließt das objektive Verfahren nicht aus.**

5. **Grober Unfug, verübt durch Preßerzeugnisse.**

Zu 1. In der Rechtslehre wird zwar mehrfach der Standpunkt vertreten, daß für solche Fälle auch die inneren Tatbestandsmerkmale der Straftat nachgewiesen sein müssen (LeipzKomm. z. StGB. 3. Aufl. Anm. 6 zu § 42). Das RG. hat jedoch in ständ. Rechtspr. mit durchschlagenden Gründen diese Ansicht abgelehnt (vgl. die im LeipzKomm. a. a. O. angef. Entsch.) und das BayObLG. ist dem beigetreten (vgl. Urt. d. 2. StrS. v. 2. Okt. 1924, RevReg. II 374/24).

Zu 4. Das SchöffG. hat die Vorfrage, ob die längst eingetretene Verjährung der Übertretung der Einleitung und Durchführung des objektiven Verfahrens entgegensteht, mit Recht verneint. Die Ansichten hierüber sind zwar geteilt (LeipzKomm. a. a. O. Anm. 6 a). Es wäre jedoch durchaus gegen den Sinn und Zweck der in §§ 41, 42 StGB. getroffenen Regelung, wonach die Öffentlichkeit nicht durch strafbare Preßerzeugnisse belästigt und ihr weiterer Umlauf unmöglich gemacht werden soll, die Verjährung der Straftat als Hindernis gelten zu lassen. Die Auffassung des SchöffG. entspricht der Rechtsprechung des RG. (RGSt. 11, 119,; 14, 382; 30, 194; 44, 315) und der des BayObLG. (Urt. RevReg. II 374/24).

Zu 5. Das SchöffG. hält offensichtlich für notwendig, daß die Tathandlung durch ihre äußere Erscheinung unmittelbar sinnfällig sich als Gefährdung oder Störung der äußeren Ordnung zeigt. Wäre diese Auffassung richtig, so würde der Tatbestand des § 360 Ziff. 11 StGB. durch Preßerzeugnisse, vielleicht abgesehen von Bildplakaten, überhaupt nicht verwirklicht werden können, denn jedes gedruckte Wort wirkt nicht durch seine körperliche äußere Erscheinung, sondern erst dadurch, daß es vom Publikum gelesen wird. Die Forderung des SchöffG. findet im Gesetze auch keine Stütze; wie jede andere sinnliche Einwirkung kann für den Tatbestand der Verübung groben Unfugs auch jene genügen, die sich durch die Veröffentlichung einer Schrift und die allmähliche Aufnahme ihres geistigen Inhalts vollzieht (vgl. besonders RGSt. 19, 296). Ob der Umfang der Lektüre, die zur Erfassung des Inhalts der Schrift notwendig ist, und damit der zeitliche Abstand bis zum Erfolge größer oder kleiner ist, kann hier nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein.

Mit Recht verlangt dagegen das SchöffG., daß die Erscheinungen, in denen die Belästigung oder Beunruhigung der Allgemeinheit und die Verletzung oder Gefährdung der äußeren Ordnung erblickt werden, in unmittelbarem, ursächlichem Zusammenhang mit der Tathandlung stehen, daß sie deshalb bei einer Druckschrift unmittelbar durch Kenntnisnahme von ihrem Gedankeninhalte verursacht werden und nicht erst Folgeerscheinungen einer anderen nächsten Wirkung sind.

Das Urt. sucht darzulegen, daß eine solche durch die Schrift unmittelbar bewirkte Beunruhigung des Publikums hier auch bei den von ihm als denkbar unterstellten Folgen der Veröffentlichung nicht anzunehmen sei; denn wenn eine Druckschrift geeignet sei, unkritische Anhänger ihrer Gedankengänge in feindselige Gesinnung gegen Vertreter anderer Auffassungen zu versetzen und so zu Gewalttätigkeiten und sonstigen Störungen des Rechtsfriedens zu führen, so handle es sich dabei immer bloß um mittelbare Auswirkungen und nicht um die vom RGSt. 31, 192 geforderten unmittelbaren. Das Gericht will sagen, daß die Verhetzung eines Bevölkerungsteiles zu feindseliger und gewalttätiger Gesinnung für sich allein, solange sie nämlich inneres Erlebnis der verhetzten Personen bleibt, noch keine Belästigung und Beunruhigung der Allgemeinheit bedeute und daß, wenn sie dann nach außen der Allgemeinheit erkennbar werde und auf solche Weise Beunruhigung entstehe, diese nur mittelbar mit der Verbreitung der Druckschrift zusammenhänge.

Mit dieser an und für sich zutreffenden Erwägung erschöpft jedoch das Gericht im gegebenen Falle nur eine Seite der als denkbar bezeichneten Einwirkungen der Schrift. Soweit diese darin bestehen, daß durch die Lektüre des Buches selbst bei den angegriffenen Angehörigen des Jesuitenordens, der jüdischen Bevölkerung und, wie das Urt. sichtlich annimmt, bei dem eine solche verwerfliche Hetze gegen Jesuiten und Juden ablehnenden Großteil des Volkes Beunruhigung und Furcht vor wörtlichen und tätlichen Feindseligkeiten hervorgerufen werden kann, soweit dieser Leserkreis betroffen werden kann, liegt das ursächliche Verhältnis zwischen der Lektüre und der Wirkung offenbar anders. Diese Belästigung und Beunruhigung der Allgemeinheit ist keine Zweitfolge, die der verhetzenden Wirkung der Schrift auf andere im zeitlichen und ursächlichen Zusammenhange nachgeht, sondern sie entsteht unmittelbar bei der Lektüre der Schrift und durch sie. Daß sie mit dem verhetzenden Einfluß der Lektüre auf die andere Seite rechnet und daran anknüpft, nimmt ihr diesen Charakter der unmittelbaren Folge nicht.

Es handelt sich bei diesem Teile der Wirkungen aber auch um eine Störung des äußeren Bestandes der öffentl. Ordnung. Die Ausführungen des SchöffG. legen die Annahme nahe, daß es auch diesen Rechtsbegriff nicht richtig erfaßt hat. Die Darlegung, daß „ein Anriff, der unmittelbar eine Störung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentl. Ordnung zur Folge haben könnte, nicht nachgewiesen und nicht nachweisbar sei“, läßt die Vermutung zu, daß das Gericht dieses Tatbestandsmerkmal nur dann als gegeben angenommen haben würde, wenn es wirklich zum Ausbruch von Feindseligkeiten und Gewalttätigkeiten gekommen wäre. Die äußere öffentl. Ordnung ist die durch Gesetz und Gesellschaftssitte geregelte, auf gleicher gegenseitiger Achtung und Duldung beruhende Form des äußeren Zusammenlebens der Menschen. Sie hat zur Voraussetzung und verlangt, daß sich jeder frei und unangefochten bewegen kann. Der Bestand der äußeren öffentl. Ordnung ist gestört, wenn ein Teil der Bevölkerung fürchten muß, im öffentl. Verkehr Gegenstand wörtlicher oder tätlicher Feindseligkeiten eines anderen Teiles zu werden und dadurch in der Freiheit und Sicherheit seiner Bewegung in der Öffentlichkeit beeinträchtigt ist.

Hiernach würde, wenn die Ausführungen des angefochtenen Urt. über die „denkbaren“ Wirkungen der Veröffentlichung sicher in dem Sinne aufgefaßt werden könnten, daß damit die Eignung der Schrift, solche Wirkungen herbeizuführen, festgestellt werden sollte, der äußere Tatbestand einer Übertretung des groben Unfugs als erfüllt angenommen und unter Aufhebung des Urt. die Unbrauchbarmachung der Schrift ausgesprochen werden müssen. Bei der neuerlichen Würdigung des Falles ist besonders zu beachten, daß es sich bei der Strafvorschrift über groben Unfug um ein Gefährdungsdelikt handelt, so daß es immer nur auf die Eignung der Schrift für die verpönten unmittelbaren Einwirkungen ankommt (vgl. BayObLG. Samml. 6, 368; 20, 404), daß in dieser Hinsicht auch der Zeitpunkt von Belang sein wird, in dem die Schrift erschienen ist. Die Wirkung und Gefährdung kann möglicherweise in politisch besonders erregten Zeiten eine andere sein als sonst. Es ist nicht ausgeschlossen, auch den auffallend schreckhaft wirkenden Titel der Schrift, deren Verfasser bezeichnenderweise anonym geblieben ist, deren Drucker entgegen der Vorschrift des § 6 Preßgel. seinen Namen nicht nannte, in Betracht zu ziehen.

(BayObLG., StS., Urt. v. 5. Nov. 1926, RevReg. I Nr. 536/26.)

*

2. §§ 67, 68 StGB.; §§ 3, 4 JGG. **Zur Unterbrechung der Verjährung genügt jede Handlung eines Strafrichters, die sich gegen den Täter richtet. Es ist nicht erforderlich, daß der Strafrichter zur Verfolgung der fraglichen Tat zuständig ist. Belanglos ist es, daß die Tat ursprünglich nur als Anstiftung verfolgt wurde, während schließlich angenommen wurde, daß der Angekl. insoweit mittelbarer Täter sei. Denn es handelt sich stets um die gleiche Tat, nur in anderer rechtlicher Beleuchtung.**

Gemäß § 4 JGG. kann strafbare Anstiftung vorliegen, trotzdem der Jugendliche gemäß § 2 JGG. nicht strafbar ist, weil er das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, oder gemäß § 3 ebenda, weil er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

Es entspricht dies der Rspr. des RG. schon zu den früheren gesetzlichen Bestimmungen über die Beteiligung Erwachsener an den Straftaten Jugendlicher — §§ 55, 56 StGB. —, nach der die Straf-

freiheit des Jugendlichen dem mitbeteiligten Strafmündigen nicht zugute kam. Der § 4 JGG. schließt aber nicht aus, daß im einzelnen Falle Anstiftung deshalb nicht vorliegt, weil der Jugendliche überhaupt nicht als Täter im strafrechtlichen Sinne in Betracht kommt, vielmehr als willenloses Werkzeug der Person, die ihn zur Tat bestimmt hat, so daß diese als mittelbarer Täter zu erachten ist. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Strafunmündige sich in einem Zustande des § 51 StGB. befunden oder nicht mit dem notwendigen Vorsatze gehandelt hat, sondern auch dann, wenn von einer eigenen freien Willensentschließung desselben, wie ihn die eigene Täterschaft voraussetzt, nicht die Rede sein kann, sondern seine Handlung nur die unfreie Folge des vom Erwachsenen ausgeübten Einflusses darstellt. Ob im einzelnen Falle Anstiftung oder mittelbare Täterschaft vorliegt, hat der Tatrichter nach den besonderen Umständen festzustellen.

(BayObLG., Urt. v. 12. April 1927, RevReg. I Nr. 138/27.)

*

3. § 74 StGB. **Bei dem fortgesetzten Delikt muß der Vorsatz des Täters auf die Begehung einer Straftat gerichtet sein, die von vornherein als Einheit ins Auge gefaßt ist und abschnittweise durch eine Mehrheit von einzelnen Handlungen ausgeführt werden soll, dergestalt, daß die Einzelhandlungen bloß noch als unselbständige Ausführungsakte zwecks stoßweiser Verwirklichung einer einzigen Straftat als eines einheitlichen Gesamtunternehmens erscheinen, also jede der nachfolgenden Handlungen nur die Fortsetzung der vorausgehenden behufs teilweiser Durchführung des einheitlichen Gesamtplans ist (vgl. RGSt. 51, 171, 174, 228, 233; 55, 129, 135; JW. 1922, 1020; 1923, 297). Die Frage, ob ein Ausgelieferter auch wegen anderer strafbarer Handlungen verfolgt werden kann, als wegen der in der Auslieferungsbewilligung bezeichneten Straftaten, betrifft eine Prozeßvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (RGSt. 33, 271; 39, 136, 137; 45, 271, 277; 55, 284, 285). Das gleiche gilt für die Frage der Zulässigkeit der Strafverfolgung eines Ausgelieferten wegen der Straftat, wie sich nach dem vom Inhalt der Auslieferungsbewilligung abweichenden Ergebnis der mündlichen Verhandlung darstellt.**

Maßgebend ist der Beschl. der deutschen Bundesversammlung v. 26. Jan. 1854 (vgl. die bayer. Bek. dieses Bundesbeschl. v. 24. März 1854, RegBl. 209; Bek. v. 28. Dez. 1908: JMBl. 1909, 2, 44; Bek. v. 6. Dez. 1920: JMBl. 270; bayer. Dienstvorschriften für die StA. v. 13. Jan. 1926, § 55 JMBl. 1, 41, 60; allg. Verf. des preuß. JustMin. v. 8. Nov. 1920, preuß. JMBl. 1920, 606; RGSt. 43, 264; RG. in DStZ. 1915, 167; Löwe-Rosenberg, 16. Aufl. Vorbem. 3b zum 13. Titel des GVG., S. 1086).

Wie das RG. (RGSt. 43, 264; DStZ. 1915, 167) angenommen hat, hatte der Grundsatz der Spezialität nach Maßgabe des Beschl. v. 26. Jan. 1854 im Verhältnis der deutschen Staaten zu den Kronländern der österreichischen Monarchie keine Geltung. Die Aburteilung der ausgelieferten Person war hiernach grundsätzlich freigegeben, wenn nur die strafbare Handlung nach den Gesetzen des ersuchten Staates als Verbrechen oder Vergehen anzusehen war. Hiernach konnte der aus Österreich Ausgelieferte vor den deutschen Gerichten auch wegen anderer strafbarer Handlungen als der in der Auslieferungsbewilligung bezeichneten Straftaten verfolgt werden, sofern jene Handlungen nach den österreichischen Strafgesetzen Verbrechen oder Vergehen darstellten und sofern nicht die Verfolgung jener Handlungen vor den deutschen Gerichten durch einen Vorbehalt in der Auslieferungsbewilligung eingeschränkt war.

Diese Grundsätze gelten nach Ansicht des Sen. auch jetzt noch für den Auslieferungsverkehr zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich (vgl. Bek. v. 6. Dez. 1920: JMBl. 270; Allg. Verf. des preuß. JustMin. v. 8. Nov. 1920, preuß. JMBl. 1920, 606; Löwe-Rosenberg a. a. O. S. 1087).

Ferner darf nach dem Beschl. der deutschen Bundesversammlung v. 26. Jan. 1854 der wegen eines Verbrechens oder Vergehens aus Österreich zur strafrechtlichen Verfolgung durch die deutschen Gerichte Ausgelieferte von dem deutschen Gerichte in Ansehung der strafbaren Handlung, derentwegen die Auslieferung bewilligt worden ist, auch dann abgeurteilt werden, wenn nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung diese Straftat sich tatsächlich oder rechtlich anders darstellt als nach dem Inhalt des der Auslieferungsbewilligung zugrunde gelegten Haftbefehls, vorausgesetzt, daß die strafbare Handlung so, wie sie sich nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung darstellt, nach den österreichischen Ges. ein Verbrechen oder Vergehen bildet (vgl. Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht S. 763 ff., insbes. S. 765/66; Löwe-Rosenberg a. a. O. S. 1087; RG. in DStZ. 1915, 167; Urt. des erk. Sen. R. II 487/1926 v. 25. Nov. 1926).

Die Auslieferung des Angekl. ist ohne Vorbehalt und ohne Beschränkung bewilligt worden. Seine in Urt. des AG. A. v. 29. Sept. 1926 festgestellten strafbaren Handlungen stellen nach §§ 197, 198, 200 des österreichischen StGes. v. 27. Mai 1852 i. Verb. mit dem in § 173 Satz 2 a. a. O. angeführten Grundsatz, der nach ständiger Rspr. der österreichischen Gerichte nicht nur für Diebstahl, sondern auch für Betrug gilt, Verbrechen des Betrugs dar, weil der Gesamtschaden aller durch Betrug Geschädigten die im Strafgesetz bestimmte Summe von 200 Kronen — an deren Stelle inzwischen ein Betrag von 250 Schilling getreten ist — übersteigt. Das gleiche gilt von den strafbaren Handlungen des Angekl. zum Schaden des A. und des St. Ebenso gilt das gleiche von den strafbaren Handlungen des Angekl. zum Schaden des H. und des Schw.; auch wenn in diesen beiden Fällen nur je ein Verbrechen des Versuchs zum Verbrechen des Betrugs im Rückfall nach §§ 43, 263, 264 StGB. in Betracht kommen sollte, würden die Handlungen nach den angeführten Bestimmungen und nach § 8 des österreichischen Strafgesetzes Verbrechen bilden.

Gegen die Zulässigkeit der strafrechtlichen Verfolgung des Angekl. wegen der sämtlichen bezeichneten Handlungen können daher Bedenken daraus nicht abgeleitet werden, daß der Haftbefehl des AG. A. v. 10. Juni 1926, der der Auslieferungsbewilligung zugrunde gelegt ist, sich auf die Fälle A., St., H. und Schw. nicht erstrecken und möglicherweise nicht alle Einzelhandlungen umfaßt hat, die nach dem rechtskräftigen Schuldausspruch des Urt. des AG. A. zusammen ein fortgesetztes Verbrechen des Betrugs im Rückfall darstellen.

(BayObLG., StS., Urt. v. 3. Jan. 1927, RevReg. II Nr. 550/26.)

*

4. § 164 StGB. **Die Anzeige (falsche Anschuldigung) muß bei einer Behörde gemacht sein. Die Anzeige bei einem der Behörde unterstellten Organ genügt nicht (RGSt. 27, 51). Vollendet ist das Vergehen des § 164 StGB., falls die Anzeige bei der Gendarmerie eingereicht wird, erst dann, wenn sie an eine Behörde weitergegeben und bei dieser eingetroffen ist. Die Mitteilung an die Behörde muß aber, um den Tatbestand des Vergehens zu erfüllen, mit dem Willen des Anzeigers geschehen, von seinem Vorsatz getragen sein. Wenn die Vorlage an die Behörde vom Angeklagten nicht gewollt ist, liegt eine „Anzeige bei der Behörde" i. S. § 164 StGB. überhaupt nicht vor.**

Nach den getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte nachher dem Gendarmeriebeamten, bei dem er die Anzeige erstattet hatte, erklärt, daß er sie zurücknehme. Wenn dies geschehen ist, bevor die Gendarmeriestation die Anzeige der Behörde vorgelegt hatte, so ist die Vorlage ohne den Willen des Angekl. erfolgt, und ein Vergehen der falschen Anschuldigung liegt dann nicht vor (RG.: GoltdArch. 52, 246).

(BayObLG, Urt. v. 12. April 1927, RevReg. I Nr. 156/27.)

*

5. § 246 StGB. **Bei der Unterschlagung kann nach der überwiegend vertretenen Rechtsansicht die Aneignung erst erfolgen, nachdem der Täter den Gewahrsam der Sache erlangt hatte (RGSt. 19, 38; 42, 420 ff.; 53, 302). Es genügt auch zur Zueignung nicht der bloße Zueignungswille des Täters; der Zueignungswille muß vielmehr vom Täter erkennbar geäußert und betätigt worden sein (RG.: DStRZ. 1920, 250; DJZ. 1926, 238). Dagegen besteht die rechtswidrige Zueignung nicht notwendig in einer widerrechtlichen Verfügung über die Sache; sie kann auch in Willensäußerungen erblickt werden, die den Zueignungswillen genügend erkennen lassen (RG: DStRZ. 1921, 56; RGSt. 55, 145, 146; 58, 230; JurR. 1927, Beil. Nr. 662).**

Der Angekl. hat seinen Willen, das von M. erhaltene Fahrgeld sich zuzueignen, dadurch sinnfällig betätigt, daß er M. einen schon gebrauchten Fahrschein übergab. Er hat dadurch deutlich zu erkennen gegeben, daß er das Geld nicht abliefern, sondern für sich behalten wolle. Hätte er es vorschriftsmäßig abliefern wollen, dann hätte er M. einen ordnungsmäßig aus seinem Fahrscheinblock entnommenen Fahrschein gegeben. Das RG. ist in einem Fall, der sich von dem vorliegenden nur dadurch unterscheidet, daß es sich um ein privates Transportunternehmen handelte, zu demselben Ergebnis gelangt (RGSt. 19, 38 ff.). Die Zueignung hat der Angekl. auch betätigt, nachdem er den Gewahrsam an dem von der M. bezahlten Gelde erlangt hatte. Denn er hat zuerst das Geld eingenommen und erst später den gebrauchten Fahrschein abgegeben.

(BayObLG., StS., Urt. v. 23. März 1927, RevReg. II Nr. 74/27.)

*

6. § 284a StGB. **Zum Begriffe der Öffentlichkeit eines Glücksspiels genügt es nicht, daß in einer öffentlichen Wirtschaft gespielt wird und daß bei den Spielern der innere Wille besteht, auch jeden anderen Gast am Spiele teilnehmen zu lassen; es ist vielmehr auch erforderlich, daß das Glücksspiel sich an die Öffentlichkeit wendet. Dazu gehört, daß der Wille, die Beteiligung am Spiele einem nicht geschlossenen Personenkreis zugänglich zu machen, nach außen erkennbar in die Erscheinung tritt.**

(BayObLG., StS., Urt. v. 9. Nov. 1926, RevReg. I Nr. 573/26.)

*

7. § 286 StGB. Unter Lotterie ist diejenige Art des Glücksspiels zu verstehen, bei der einer Mehrheit von Personen die Möglichkeit eröffnet ist, nach einem bestimmten Plan gegen einen bestimmten Einsatz ein vom Eintritt eines zufälligen Ereignisses abhängiges Recht auf einen bestimmten Geldgewinn zu erwerben. Ein versteckter Einsatz, der in den für eine Ware geforderten Preis einkalkuliert ist, genügt zum Tatbestand des § 286 StGB. (RGSt. 34, 447; 55, 270; 59, 347; 60, 127; BayObLGSt. 10, 348; 15, 93; Urt. d. erk. Sen. v. 22. März 1926, Reg. II. 74/26). Daß diejenigen, die sich an der Lotterie beteiligen, erkennen, daß die Erlangung des Gewinnes vom Zufall abhängt, ist im Gegensatz zu RGSt. 60, 385 nicht als Tatbestandsmerkmal aufzustellen.

Die Annahme, daß ein solcher versteckter Einsatz, der in den geforderten Preis einkalkuliert ist, zum Tatbestand des § 286 StGB. genügt, steht mit der ständ. Rechtspr. des RG. und des BayObLG. im Einklang (RGSt. 34, 447; 55, 270 ff.; 59, 347; 60, 127; BayObLGSt. 10, 348; 15, 93; Urt. d. erk. Sen. v. 22. März 1926, R II 74/1926).

Aus der Mehrheit der Wortbildungsmöglichkeiten schließt die StK. rechtlich zutreffend, daß der Gewinn, der an die vom Angekl. als richtig und maßgebend bezeichneten Lösungen geknüpft war, vom Zufall abhing. Wie sie feststellt, hat der Angekl. bei der Aufstellung der Rätsel absichtlich Silben gewählt, die nach Sprachgebrauch und nach richtigem, überlegtem Denken jeweils mit verschiedenen anderen Silben zu verschiedenen Wörtern vereinigt werden konnten, die sämtlich den Angaben der Rätsel entsprachen, so daß mehrfache, an sich richtige Lösungen möglich waren, ist sich also bewußt gewesen, daß die Lösungen, die ein Anrecht auf Gewinn haben sollten, vom Zufall abhingen.

Endlich geht die StK. erkennbar davon aus, wenigstens ein Teil der Leser, an die sich die Anzeigen richteten, habe erkannt, daß mehrere Lösungen der Rätsel möglich waren, daß also das Erraten der gewinnberechtigten Lösungen vom Zufall abhing und daß somit durch die Einsendung einer Lösung ein Spielvertrag zustande komme.

Für den Tatbestand des § 286 StGB. ist erforderlich, daß die Zufälligkeit der Gewinnaussicht demjenigen erkennbar ist, der sich an der Veranstaltung beteiligen soll, hier also den Lesern der Anzeigen. Hiervon geht auch RGSt. 60, 385 ff. aus. Wenn in dieser Entsch. trotzdem im Verlaufe späterer Ausführungen (a. a. O. S. 388) für die Verurteilung aus § 286 Abs. 1 StGB. die Feststellung für erforderlich erachtet wird, daß die Einsender der Lösungen das Mitspielen eines Zufalles bei der Erlangung der Gewinne haben erkennen können, so vermag dem der Sen. nicht zu folgen. Denn die Veranstaltung der Lotterie ist nach der feststehenden Rspr. d. RG. (LpzKomm. z. StGB. Bem. II zu § 286 und die dort angef. Entsch.), der sich der Senat anschließt, vollendet, sobald der Spielplan aufgestellt und den Spiellustigen zugänglich gemacht, die Beteiligung am Spiel also ermöglicht ist. Der tatsächliche Abschluß von Spielverträgen — hier durch Einsendung von Lösungen — ist nicht erforderlich. Wird, wie im gegebenen Falle, die Beteiligung an dem veranstalteten Unternehmen dem Publikum eröffnet, so muß es genügen, daß, dem Veranstalter bewußt, unbestimmt welche und wie viele, durch gemeinschaftliche Beziehungen unter sich nicht verbundene Personen aus dem Publikum, die die öffentl. Bekanntmachungen des Veranstalters lesen, erkennen, daß die Erlangung des in Aussicht gestellten Gewinns ausschließlich oder wesentlich vom Zufall abhängt. Nicht aber ist erforderlich, daß dies jene erkannt haben, die sich tatsächlich an dem veranstalteten Unternehmen beteiligen. Im vorl. Falle war, dem Angekl. bewußt, der Abschluß eines Spielvertrags allen jenen aus dem Publikum möglich, die, nachdem sie die Ausschreiben des Angekl. gelesen und sich mit der Lösung der Rätsel befaßt hatten, erkannten, daß die Möglichkeit des Erratens der vom Angekl. als maßgebend erklärten und beim Notar hinterlegten Lösungen, und damit die Möglichkeit des in Aussicht gestellten Gewinns, vom Zufall abhängig war.

(BayObLG., StS., Urt. v. 24. Jan. 1927, RevReg. II Nr. 449/26.)

*

8. § 360 Ziff. 8 StGB.; §§ 29, 147 GewO. Die Bezeichnung „Dentist" enthält nicht die Beilegung eines arztähnlichen Titels und verstößt deshalb für sich allein nicht gegen die genannte Gesetzesbestimmung (vgl. Reger, E. 3, 148; 4, 119; 14, 115; BayObLGSt. 16, 27; Landmann-Rohmer, GewO., 7. Aufl., Bem. 15² g zu § 29). Die Bezeichnung „Dentist" kann aber je nach den Umständen, insbesondere durch verfängliche Zusätze, die den Anschein erwecken, als sei derjenige, der die Bezeichnung führt, eine wissenschaftlich gebildete und staatlich anerkannte Medizinalperson, die Eigenschaft eines arztähnlichen Titels gewinnen (BayObLGSt. a. a. O.). Zur Führung eines in einem anderen Lande verliehenen Titels.†)

Das AG. hat die Frage, ob der Zusatz „in Baden staatlich geprüft" zu der Bezeichnung als Dentist oder überhaupt der Hinweis auf die in Baden abgelegte Prüfung eine Irreführung i. S. des § 147 Abs. 1 Nr. 3 GewO. herbeizuführen geeignet sei, ausdrücklich verneint. Soweit das AG. mit dem Hinweis darauf, daß der Zusatz den Tatsachen entspreche und deshalb nicht die willkürliche Beilegung eines Titels bedeute, zum Ausdruck bringen wollte, daß deshalb in der Gesamtbezeichnung kein der Benennung als Zahnarzt ähnlicher Titel zu erblicken sei, tritt in dieser Auffassung eine Verkennung des Begriffs des arztähnlichen Titels nicht zutage. Denn wenn anzuerkennen ist, daß die Bezeichnung „Dentist" gleichbedeutend mit „Zahntechniker" ist und auch gemeinhin so verstanden wird, so läßt der Zusatz „staatlich geprüft in Baden" gerade zu dem Worte „Dentist" für die Anschauung keinen Raum, daß es sich um eine Prüfung für den ärztlichen Beruf handeln könne, sondern bringt nicht mißverständlich zum Ausdruck, daß der die Gesamtbezeichnung Gebrauchende eine Prüfung für den Beruf als Dentist (Zahntechniker) abgelegt habe.

Daß sich die Bezeichnung „Dentist" als Bezeichnung für Zahnbehandelnde, die nicht Ärzte sind, im Verkehr eingebürgert hat, findet übrigens seinen besonderen Ausdruck darin, daß die badische VO. v. 29. März 1920/9. Juni 1921, betr. die staatliche Prüfung von Dentisten, und die diese VO. neu fassende VO. v. 15. Jan. 1925, wodurch in Baden das Prüfungswesen für die Zahntechniker geregelt wurde, ausschließlich das Wort „Dentist" (nirgends das Wort „Zahntechniker") gebrauchen und daß dementsprechend — wie schon in § 15 der VO. v. 29. März 1920 — in § 17 Abs. 4 der VO. v. 15. Jan. 1925 die auf Grund der abgelegten Prüfung und nach Erfüllung weiterer Erfordernisse zugelassene Bezeichnung „in Baden staatlich geprüfter Dentist" lautet.

Die Verneinung einer Verfehlung des Angekl. gegen § 147 Abs. 1 Nr. 3 GewO. ist sohin rechtlich nicht zu beanstanden.

Das AG. hat jedoch die Frage, ob sich der Angekl. durch die von ihm in Bayern gebrauchte Bezeichnung „in Baden staatlich geprüfter Dentist" einer strafbaren Verfehlung schuldig gemacht hat, nicht erschöpfend, nämlich nicht ausreichend unter dem Gesichtspunkte des § 360 Nr. 8 StGB. verfügt.

Zu den Titeln i. S. dieser Vorschrift gehören auch die Berufstitel privater Personen, soweit sie nicht bloß die allgemeine Bezeichnung für einen frei wählbaren Beruf darstellen, sondern auf einem staatlichen Verleihungsakte beruhen oder nur nach Erfüllung gewisser öffentlich-rechtlicher geregelter Voraussetzungen geführt werden dürfen, weil die Erfüllung jener Voraussetzungen dem den Beruf Ausübenden bestimmte öffentlich-rechtliche Befugnisse gewährt (vgl. LpzKomm. z. StGB., 3. Aufl. Bem. VIII, 7; Frank, 16. Aufl., Bem. VIII, 2a zu § 360 StGB.; KG.: GoltdArch. 48, 314).

Die Verleihung von Berufstiteln ist nach Art. 109 Abs. 4 RVerf. § 15 Abs. 3 bay. Verf. zulässig.

Berufstitel i. S. des § 360 Nr. 8 StGB. sind auch die Bezeichnungen, deren Führung die deutschen Länder, insonderheit Bayern und Baden, auf Grund der von ihnen eingeführten Prüfungen für Zahntechniker nach bestandener Prüfung zulassen. Die Bezeichnung „in Baden staatlich geprüfter Dentist" ist ein Titel i. S. des § 360 Nr. 8 StGB.

In Bayern ist eine Prüfung für Zahntechniker nicht allgemein, sondern nur zum Zwecke der Zulassung zur Kassenpraxis gem. § 123

Zu 8. Die Entsch. gibt in rechtlicher Hinsicht auch von dem Boden der bestehenden staatsrechtlichen Verhältnisse zu gewissen Bedenken Anlaß: Unbedenklich ist allerdings, daß die Bezeichnung als „staatlich geprüfter Dentist" nicht als die Bezeichnung als „Arzt" oder „Zahnarzt" angesehen werden kann, des weiteren ist auch unbedenklich, daß die Angabe „in Baden staatlich geprüft" als die Beilegung eines Titels i. S. des § 360 Nr. 8 StGB. angesehen werden kann. Wenn das Gericht darauf hinweist, daß Dentisten, welche lediglich die Zulassungsprüfung nach § 123 RVO. abgelegt haben, sich nicht als „staatlich geprüfte Dentisten" oder ähnlich bezeichnen dürfen, so ist dies zweifellos richtig. Diese Bezeichnung durch einen Dentisten, welcher nicht eine etwa bestehende allgemeine staatliche Prüfung für Dentisten abgelegt hat, sondern eben nur die besondere Prüfung gem. § 123 RVO. fällt nicht nur unter § 360 Ziff. 8 StGB., sondern auch unter § 3 und 4 UnlWG. (vgl. OLG. Dresden: MuW. 1926, 119—120). Allgemeine Prüfungsordnungen für Dentisten haben bisher nur wenige Länder in Deutschland erlassen, während die Prüfung als Voraussetzung der Zulassung nach § 123 RVO. in den meisten Ländern geregelt ist. Wenn nun das BayObLG. betont, daß die Berufsbezeichnung, welche in einem Land erworben sei, in einem anderen Lande insolange nicht gebraucht werden dürfe, als letzteres Land dieselbe nicht kraft eigenen Hoheitsrechts zulasse, so dürfte hiergegen doch geltend zu machen sein, daß von der unbefugten Beilegung eines Titels bzw. eines Berufstitels dann doch nicht gesprochen werden kann, wenn das Land, in welchem dieser Berufstitel erworben wurde — im vorliegenden Falle also Baden —, in einer jeden Zweifel verhütenden Weise gleichzeitig angegeben ist. Man kann auch schwerlich behaupten, daß eine Ver-

RVO. vorgesehen (Bek. der Staatsmin. für Soziale Fürsorge, des Inn. und der Fin. zum Vollzug der §§ 122, 123 RVO. v. 20. April 1923, GVBl. 154; AusfBest. hierzu der Staatsmin. für Soziale Fürsorge und des Inn. v. 20. April 1923, GVBl. 157). Nach § 1 jener Bek. wird als Zahntechniker i. S. der RVO. auf Antrag eines Versicherungsträgers vom Versicherungsamt anerkannt, wer (abgesehen von sonstigen Erfordernissen) nach Maßgabe der Prüfungsbestimmungen mit Erfolg geprüft worden ist und den hierüber ausgestellten Ausweis besitzt. Die Prüfung ist regelmäßig in Bayern abzulegen; auf Grund des § 1 Abs. 2 a. a. O. ist aber durch die Bek. des Min. für Soziale Fürsorge v. 25. Sept. 1923, GVBl. 342, und v. 19. Febr. 1926, GVBl. 228 u. a. auch die in Baden abgelegte Prüfung unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt. Nach § 5 der Bek. v. 20. April 1923 in der Fassung der Bek. v. 5. Aug. 1924, GVBl. 1924, 194, berechtigt das Bestehen der Prüfung und der Besitz des Prüfungsausweises, der nach § 15 der AusfBest. vom Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zu unterzeichnen und mit dem Stempel der Regierung (Kammer des Innern) des Prüfungsortes zu versehen ist, den Zahntechniker, sich als „Zahntechniker, staatlich geprüft für die Kassenpraxis" zu bezeichnen; dies gilt auch für Zahntechniker, die in einem anderen Lande Deutschlands (oder in früher zu Deutschland gehörigen Gebieten) eine für das bay. Staatsgebiet anerkannte Prüfung abgelegt haben, wenn sie in Bayern Kassenpraxis ausüben. Nach § 7 der Bek. v. 20. April 1923 wird unter bestimmten Voraussetzungen der Ausweis über die in Bayern bestandene Prüfung vom Staatsministerium für Soziale Fürsorge für ungültig erklärt und zurückgenommen; dies gilt auch für Ausweise, die nach in anderen Ländern abgelegten und für Bayern anerkannten Prüfungen ausgestellt wurden, soweit es sich um ihre Geltung im bay. Staatsgebiete handelt.

Es ist daher auch die Bezeichnung „Zahntechniker, staatlich geprüft für die Kassenpraxis" ein Titel i. S. des § 360 Nr. 8 StGB.

Einen Titel nimmt an, wer sich desselben im bürgerlichen Leben, namentlich in Ausübung seines Berufes, bedient und sich so den Anschein gibt, zur Führung des Titels berechtigt zu sein (OLG. München, St. 8, 437, 439; Frank a. a. O., Bem. VIII, 2c zu § 360 StGB.).

Hiernach ist zu prüfen, ob der Zahntechniker, der in Bayern die Zahnpraxis und die Krankenkassenpraxis ausübt, sich dabei, sofern er die Prüfung als Zahntechniker in einem anderen deutschen Lande bestanden hat, derjenigen Berufsbezeichnung bedienen darf, die in diesem Lande auf Grund der Prüfung zugelassen ist, oder ob er, wenn er überhaupt auf die bestandene Prüfung verweisen will, sich ausschließlich der in Bayern nach den oben angeführten Vorschriften zugelassenen Bezeichnung bedienen muß.

Die Frage ist im letzteren Sinne zu entscheiden.

Soweit der Berufstitel einer Privatperson als ein Titel i. S. des § 360 Nr. 8 StGB. nicht auf Grund des Reichsrechts, sondern unmittelbar auf Grund Landesstaatsrechts von einem deutschen Lande verliehen oder amtlich zugelassen wird, ergibt sich aus allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen, daß die Verleihung oder Zulassung an sich nur innerhalb des Hoheitsgebietes des betreffenden Landes wirksam ist. Der Berufstitel kann als solcher nur für die Ausübung des betreffenden Berufes in dem Lande geführt werden, das ihn verliehen oder amtlich zugelassen hat. Das schließt nicht aus, sich auch in anderen deutschen Ländern auf die Tatsache der erfolgreichen Ablegung einer Prüfung in einem bestimmten deutschen Lande zu berufen, von deren Bestehen nach den gesetzlichen Vorschriften dieses Landes die Führung eines verliehenen oder amtlich zugelassenen Titels abhängig ist. Aber als Berufsbezeichnung ist die in einem deutschen Lande amtlich zugelassene Bezeichnung bei der Ausübung des Berufs in einem anderen Lande so lange nicht zulässig, als nicht dieses Land jene Berufsbezeichnung kraft eigenen Hoheitsrechtes auch für sein Gebiet zuläßt.

Dies ist auch für die hier in Betracht kommenden Berufsbezeichnungen in Bayern durch die zuständigen Stellen in § 5 Abs. II der Bek. v. 20. April 1923/5. Aug. 1924 noch besonders zum Ausdruck gebracht worden. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß auch ein Zahntechniker, der die Prüfung nicht in Bayern, sondern in einem anderen Lande, dessen Prüfung für das bay. Staatsgebiet anerkannt ist, abgelegt hat — wenn er in Bayern Kassenpraxis ausübt —, berechtigt, aber auch, sofern er sich auf die von ihm abgelegte Prüfung durch Gebrauch einer amtlichen Berufsbezeichnung berufen will, verpflichtet ist, nur die für Bayern amtlich zugelassene und festgesetzte Bezeichnung als Berufsbezeichnis zu führen. Hierauf ist, was die von Zahntechnikern in Baden abgelegten Prüfungen anlangt, in der Bek. v. 19. Febr. 1926 hingewiesen worden.

In Bayern hat die staatlich zugelassene Berufsbezeichnung für geprüfte Zahntechniker nur Bezug auf die Ausübung der Kassenpraxis, weil auch die Prüfung nur die Anerkennung als Zahntechniker i. S. RVO. ermöglichen soll. Die zugelassene Bezeichnung bezweckt nur, eine der Voraussetzungen der Zulassung des geprüften Zahntechnikers zur Kassenpraxis zum Ausdruck zu bringen. Darüber hinaus ist in Bayern eine Kennzeichnung der staatlich geprüften Zahntechniker gegenüber den nichtgeprüften Zahntechnikern durch amtliche Zulassung eines Sondertitels nicht erfolgt und nicht gewollt. Um so mehr widerspricht es dem in Bayern geschaffenen Rechtszustand, wonach die in Bayern geprüften Zahntechniker nur die in § 5 Abs. 1 der Bek. v. 20. April 1923/5. Aug. 1924 bestimmte Bezeichnung führen dürfen, wenn ein in Bayern die Praxis ausübender Zahntechniker, der eine für Bayern anerkannte Prüfung in einem anderen deutschen Lande abgelegt hat, eine Berufsbezeichnung als solche annimmt und in Ausübung seines Berufs führt, die ohne jeden Bezug auf Kassenpraxis einen durch staatliche Prüfung erlangten besonderen Befähigungsnachweis zum Ausdruck bringt. Wann im Einzelfall eine Bezeichnung als Berufsbezeichnung, sohin als Titel i. S. des § 360 Nr. 8 StGB., gebraucht wird und wann es sich bloß um die Behauptung der Tatsache der Ablegung einer Prüfung in einem anderen Lande handelt, ist Sache tatsächlicher Feststellung.

Der innere Tatbestand einer Übertretung nach § 360 Nr. 8 StGB. verlangt Vorsatz; erforderlich ist also das Bewußtsein des Täters, daß er zu der Führung des Titels, der Berufsbezeichnung, nicht berechtigt sei (BayObLGSt. 7, 323; LpzKomm. z. StGB., 3. Aufl. Anm. VIII, 15 zu § 360).

(BayObLG., StS., Urt. v. 25. Okt. 1926, RevReg. II Nr. 275/26.)

*

9. **§ 367 Ziff. 8 StGB. Die Rechtsprechung hat sich, ausgehend von der Begründung z. Ges. v. 26. Febr. 1876 (RGBl. 25), worin ausgeführt ist, daß „mit dem Schießen das Abbrennen von Feuerwerken und Feuerwerkskörpern in betreff der Gefährlichkeit und der Belästigung des Publikums auf gleicher Linie stehe" (RTVerh., 2. Leg.-Per. 3. Session 1875/76 Anl. Bd. 3 S. 179), auf den Standpunkt gestellt, daß § 367 Nr. 8 StGB. auch vor bloßen Gefährdungen (RGSt. 9, 124/128; 55, 252; RG.: GoltdArch. 53, 439; BayObLGSt. 5, 302) und Belästigungen schützen will (RGSt. 55, 252; OLG. Braunschweig: GoltdArch. 43, 63; BayObLGSt. 2, 384; 4, 381).**

Der Sen. trägt kein Bedenken, dieser auch im Schrifttum geteilten Ansicht (s. LpzKomm., 3. Aufl., § 367 Anm. VIII, 1;

---

letzung der Hoheitsrechte desjenigen Landes, in welchem die in einem anderen Lande erworbenen Berufstitelbezeichnung gebraucht wird, jedoch eben mit deutlichem Hinweis auf dieses andere Land, gegeben ist. Auch der Umstand, daß die in Bayern nach der RVO. zugelassenen Dentisten lediglich die Berufsbezeichnung nur mit Beschränkung auf Bayern und auf die Kassenpraxis führen dürfen, beweist nichts für die Richtigkeit der Entscheidung insoweit. Man hat bisher in bezug auf die Führung von im Ausland erworbenen Titeln und Berufstiteln regelmäßig den Standpunkt vertreten, daß dieselbe im Inland strafrechtlich verfolgt werden kann, sei es auf Grund von § 360 Ziff. 8 StGB., sei es auf Grund von § 4 UnlWG., wenn nicht in deutlicher Weise auf den Erwerb im Ausland hingewiesen wird, so daß das Publikum ohne weiteres erkennt, daß es sich nur um im Ausland erworbene Berufstitel handele; bestehen Zweifel in dieser Beziehung, was auch dann der Fall ist, wenn das Publikum mit dem auf den Erwerb im Ausland hinweisenden Satze die Vorstellungen der im Deutschen Reich bestehenden Einrichtung verbindet, so ist dagegen die Strafbarkeit vorhanden (GewRSch.u.UrhR. 1911, 149; MuW. 1925, 156). Der Standpunkt des BayObLG. würde also dazu führen, daß der Hinweis auf die in einem anderen Lande Deutschlands abgelegte Prüfung nicht die gleiche Bedeutung hätte, wie auf die in einem ausländischen Staate abgelegte, deren Voraussetzungen in der Hauptsache dieselben wären, wie im Deutschen Reich. Jedenfalls kann nicht angenommen werden, daß der nicht juristisch gebildete Dentist das Bewußtsein gehabt habe, zu dem Gebrauch der in Baden erworbenen Bezeichnung in Bayern nicht befugt zu sein. Von dem Standpunkt der Sozialfürsorge läßt sich wohl auch darauf hinweisen, daß Dentisten, welche in Baden die dort vorgeschriebene Prüfung mit Erfolg abgelegt haben, für das heilbedürftige Publikum doch eine höhere Garantie bieten, wie diejenigen, welche lediglich auf Grund des § 123 RVO. zu der Krankenkassenbehandlung zugelassen sind. Vom OLG. Dresden ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß die Prüfung für die Zulassung nach § 123 RVO. keinerlei Bürgschaft dafür biete, daß der Betreffende das Gebiet der Zahnheilkunde restlos beherrsche, weil einzelne Teile der dentistischen Berufsausübung gar nicht und die Hilfswissenschaften nur sehr unbedeutend Berücksichtigung finden. Diese Erwägung wird allerdings, wenn man § 360 Ziff. 8 rein formalistisch auslegt, als nicht genügend erachtet werden, um zu einem gegenteiligen Ergebnis zu kommen.

Praktisch dürfte aus dem Urteil die Folgerung sich ergeben, daß eine einheitliche Regelung der Prüfungsfrage und Anerkennung der Dentisten von Reichswegen durchaus notwendig ist.

JR. Dr. Fuld, Mainz.

Frank, 17. Aufl., Anm. VIII zu § 367; v. Olshausen, 10. Aufl., Anm. b zu § 367 Nr. 8) beizutreten. Das Urt. geht erkennbar davon aus, daß die auf der Straße verkehrenden und die in den erwähnten Gebäuden wohnenden Personen durch die beiden Schüsse belästigt werden konnten. Damit ist der Tatbestand des § 367 Nr. 8 StGB., der Schießen an bewohnten oder an von Menschen besuchten Orten fordert, ausreichend festgestellt. Ob an diesen Orten zur Zeit des Schießens wirklich Menschen anwesend waren, ist für die Anwendung des Ges. gleichgültig (vgl. LpzKomm. a. a. O., Anm. VIII, 3; RGSt. 55, 252). Ebenso ist es feststehende Rspr. (RG.: GoltdArch. 53, 439; BayObLGSt. 5, 302, 307), daß scharfes Schießen zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands nicht erforderlich ist.

(BayObLG., StS., Urt. v. 9. Mai 1927, RevReg. II Nr. 114/27.)

*

10. § 367 Nr. 3 StGB.; Art: 72a BayPolStGB. **Für eine öffentliche Anpreisung, eine Tätigkeit, die gegenüber einer Mehrheit unbestimmt welcher und wie vieler Personen verwirklicht wird, ist es rechtlich belanglos, ob die Kundgebung des Täters gleichzeitig an eine Mehrheit von Personen gerichtet ist, die einen durch gemeinschaftliche Beziehungen verbundenen und nach außen hin geschlossenen Kreis nicht darstellen, sodaß die Anpreisung auf einmal der Wahrnehmung einer Mehrheit beliebiger Personen zugänglich gemacht wird.**

Es genügt für eine solche Tätigkeit, wenn die Anpreisung planmäßig nach und nach, in verschiedenen Zeitpunkten, zur Wahrnehmung beliebiger und beliebig vieler Personen gebracht wird, so daß die Zahl der Personen, denen der Täter seine Kundgebung zugänglich machen will, unbestimmt, nicht nach außen hin geschlossen ist. Im gegebenen Fall ist es für die Annahme einer öffentlichen Anpreisung ausreichend, wenn die Angekl. nach ihrem äußeren Verhalten erkennbar darauf ausgegangen sind, an beliebige und an beliebig viele Inwohner der von ihnen für die Verbreitung der Zettel ins Auge gefaßten Ortschaften die fraglichen Zettel zu verteilen. Es ist in diesem Fall ohne Bedeutung, daß sie die Zettel nach und nach, zu verschiedenen Zeiten, jedesmal einer anderen Person übergeben und daß sie die Verteilung der Zettel nicht an Orten vorgenommen haben, die dem Publikum zugänglich waren.

(BayObLG., StS., Urt. v. 24. Febr. 1927, RevReg. II Nr. 20/27.)

*

11. §§ 10, 13, 35 JGG.; §§ 28, 29 bay. Bek. über Begnadigung usw. v. 5. März 1922/14. Juni 1924. **Wird einem Verurteilten Strafaussetzung gewährt und begeht er nach Vollendung des 18. Lebensjahres, aber noch während des Laufs der Probezeit, eine neue strafbare Handlung, wegen der er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, so muß gleichzeitig und einheitlich über die Aussetzung oder die Vollstreckung beider Strafen in der Formel oder in den Gründen des Urteils ausdrücklich entschieden werden.**

Die Entsch. über den Wegfall der früheren Strafaussetzung ohne gleichzeitige Anordnung der Vollstreckung der zweiten Strafe ist unzulässig. — Ein Beschluß des Gerichts nach den bay. Begnadigungsvorschriften durfte nicht ergehen, weil das JGG. Anwendung findet und die auf dem Begnadigungsrechte beruhende Entsch. über Bewährungsfristen in Fällen, in denen das Gericht nach dem JGG. die Strafvollstreckung aussetzen kann, durch die bay. Bekanntmachung v. 7. Mai 1923 zum Vollzug des JGG. im Abschn. zu § 10 ausschließlich dem Justizministerium vorbehalten ist.

Die rechtzeitig eingelegte sofortige Beschwerde des Angekl. ist daher nach § 35 Abs. 2 JGG. zulässig. Dabei ist es unerheblich, daß die Entsch. über die Strafaussetzung durch gesonderten Beschluß statt im Urt. erfolgt ist und daß die StK. irrigerweise den § 29 der BegnadVorschr. anstatt § 13 Abs. 1 und 2 JGG. angewendet hat; denn die Form der Entsch. ist unwesentlich und die bedingte Strafaussetzung des JGG. sachlich nach den gleichen Grundsätzen wie die bedingte Begnadigung zu beurteilen.

Schon wegen des Verstoßes gegen § 13 Abs. 2 JGG. ist der Beschluß der StK. aufzuheben. Aber auch sachlich ist die Entsch. der StK. nicht zu billigen. Die neue Verfehlung des Angekl., die zur Verhängung der zweiten Strafe geführt hat, ist unbedeutend und auf eine augenblickliche Erregung zurückzuführen. Es ist angezeigt, die Fortdauer der früheren Strafaussetzung anzuordnen und zugleich für die neue Strafe Aussetzung zu bewilligen. Für die Bemessung der neuen Probezeit und für die gleichheitliche Verlängerung der früheren Probezeit sind die Vorschriften des § 12 Abs. 1 und des § 13 Abs. 3 JGG. maßgebend.

Das Beschwerdegericht ist in der Lage, an Stelle der StK. die richtige Entsch. zu treffen (§ 309 Abs. 2 StPO.). Denn die StK. hat auf Grund der Hauptverhandlung als erk. Gericht im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung den Beschluß erlassen, wozu sie nach § 13 Abs. 1 JGG. zuständig war. Die Sachlage ist so anzusehen, als wenn die StK., den gesetzlichen Vorschriften entsprechend, im Urt. über die Aussetzung oder die Vollstreckung beider Strafen entschieden hätte. Es handelt sich also nicht um eine nachträgliche (im Vollstreckungsverfahren erfolgte) Entsch. der StK. i. S. des § 13 Abs. 4 JGG.; daher ist die bestrittene Frage nicht zu unterscheiden, ob die StK. zu einer solchen nachträglichen Entsch. zuständig gewesen wäre und ob, wenn es sich um eine solche handeln würde, nach Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die neue Sachentscheidung zu erfolgen hätte (vgl. Franke, JGG. Bem. I B zu § 13).

(BayObLG., StS., Beschl. v. 4. April 1927, BeschwReg. II Nr. 111/27.)

*

12. § 21 KraftFahrzG.; § 22 Satz 1 VerkO.: **Die Verurteilung aus § 22 Satz 1 VerkO. mit § 21 KraftFahrzG. setzt voraus, daß zunächst klargestellt wird, daß der befahrene Weg kein Fahrweg ist. Der Begriff „Fahrweg" läßt sich nicht aus der Vorschrift der VerkO. entnehmen. Er ist nach rechtlichen Gesichtspunkten zu gewinnen, die sich aus anderen Rechtsgebieten, insbesondere aus dem öffentlichen Wegerecht, ergeben. Hierbei spielt, soweit es sich um Gemeindewege handelt, die Bestimmung oder Widmung der Gemeinde als der verfügungsberechtigten Inhaberin und Verwalterin des Weges die ausschlaggebende Rolle. § 21 KraftFahrzG. und § 22 VerkO. erfordern nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.**

(BayObLG., StS., Urt. v. 11. Jan. 1927, RevReg. I 544/26.)

*

13. § 21 KraftfahrzGes.; § 17 Abs. 3 VerkVO. **Begriff des stark wirkenden elektrischen Scheinwerfers. Beurteilung der Wirkung eines solchen Scheinwerfers. Die Tatsache, daß der Scheinwerfer von einer zuverlässigen Firma geliefert und bei der polizeilichen Prüfung des Fahrzeugs nicht beanstandet wurde, genügt nicht allein zur Ausschließung der Schuld des Angeklagten.**

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 der VerkVO. dürfen übermäßig stark wirkende Scheinwerfer nicht verwendet und nach § 17 Abs. 3 VerkVO. müssen stark wirkende Scheinwerfer innerhalb beleuchteter Ortsteile, ausgenommen bei starkem Nebel, und in bestimmten anderen, hier nicht in Betracht kommenden Fällen, abgeblendet werden. Nach § 17 Abs. 3 VerkVO. bestimmt der Reichsverkehrsminister, welche Scheinwerfer als übermäßig stark und welche als stark wirkend gelten und in welchem Grade stark wirkende Scheinwerfer in den vorgeschriebenen Fällen abgeblendet werden müssen. Der Reichsverkehrsminister hat diese Bestimmung unter Aufhebung der Bek. über Kraftfahrzeugscheinwerfer v. 29. Aug. 1923 durch die als Anl. 4 zu der Bek. über Kraftfahrzeugverkehr v. 5. Dez. 1925 RMinBl. 1925, 1387) erlassene „Anweisung für die Beurteilung der Wirkung von Scheinwerfern" getroffen. Nach Ziff. II dieser Anweisung gelten als stark wirkend:

a) Azetylenscheinwerfer unter gewissen Voraussetzungen,

b) elektrische Scheinwerfer mit Glühlampen von mehr als 10 bis einschließlich 20 Watt, wenn die Lichtkegelmitte die Fahrbahn in einer Entfernung von mehr als 30 m vor dem Fahrzeug trifft, sofern die Lichtstärke nicht auf $1/4$ oder weniger herabgesetzt ist,

c) elektrische Scheinwerfer mit Glühlampen von mehr als 20 bis einschließlich 35 Watt, wenn außer sonstigen Voraussetzungen die Lichtkegelmitte die Fahrbahn in einer Entfernung von 1. mehr als 15 m, aber innerhalb 60 m vor dem Fahrzeug trifft, sofern die Lichtstärke nicht auf $1/4$ oder weniger herabgesetzt ist, 2. mehr als 60 m vor dem Fahrzeug trifft, sofern die Lichtstärke nicht auf $1/9$ oder weniger herabgesetzt ist.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß es für die Beurteilung des vorliegenden Falles keineswegs gleichgültig ist, ob der Angekl. bei seiner Fahrt die oberen oder die unteren Scheinwerfer eingeschaltet hatte. Daß die oberen Lampen stark wirkende Scheinwerfer i. S. der Ziff. II c der Anweisung sind, ist zwar nicht ausdrücklich festgestellt, wurde aber vom Angekl. nicht bestritten. Dagegen sind die unteren Lampen nicht schon wegen ihrer Lichtstärke von etwas über 17 Watt als stark wirkende Scheinwerfer i. S. der Ziff. II b der Anweisung anzusehen. Elektrische Scheinwerfer mit Glühlampen von mehr als 10 bis 20 Watt gelten nicht als stark wirkend, wenn entweder ihre Lichtkegelmitte innerhalb einer Entfernung von 30 m vor dem Fahrzeug die Fahrbahn trifft, also auf den Erdboden fällt, oder wenn die Lichtkegelmitte zwar weiter reicht, die Lichtstärke aber auf $1/4$ oder weniger herabgesetzt ist. Davon, daß der Angekl. die Lichtstärke seiner kleineren, unteren Scheinwerfer, der sog. Stadt- oder Kurvenlampen, herabgesetzt hätte, ist nirgends die Rede gewesen. Es kann sich demnach, falls die unteren Scheinwerfer eingeschaltet waren, nur um die Frage handeln, ob deren Lichtkegelmitte weiter als 30 m reichte. Diese rein tatsächliche Feststellung hätte der Erstrichter treffen müssen. **Hierfür konnte von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob die unteren Scheinwerfer dem Kraftwagen derart nach unten geneigt,**

nicht senkrecht zur Fahrbahn stehend, eingebaut waren, daß ihre Lichtkegelmitte nicht parallel zur Fahrbahn verlief, sondern in der vorgeschriebenen Entfernung vor dem Fahrzeug den Erdboden erreichen mußte. Übrigens ist es der freien Beweiswürdigung des Tatrichters anheimgegeben, aus welchen Umständen oder Tatsachen er die Überzeugung zu gewinnen vermag, daß die verwendeten Scheinwerfer der Vorschrift nicht entsprachen. Es muß nur eine zur Verurteilung genügende Feststellung verlangt werden. Mit der bloßen Tatsache, daß der Zeuge F. in einer Entfernung von 25 m vor dem Fahrzeug eine Blendwirkung empfand, ist nicht dargetan, daß die Lichtkegelmitte der Scheinwerfer in einer größeren Entfernung als 30 m vor dem Fahrzeuge die Fahrbahn traf. Es ist folgendes zu beachten: Die an Kraftfahrzeugen verwendeten Scheinwerfer sind zwar ihrem Zweck entsprechend so eingerichtet, daß sie die Lichtstrahlen im wesentlichen parallel in einem zylindrischen Bündel aussenden, aber es ist doch nicht ausgeschlossen, daß ein Teil der Strahlen divergierend in Kegelform auslaufen. Auf jeden Fall können die oberen ins Vorfeld gehenden Strahlen eine 25 m vor dem Fahrzeug befindliche Person in Augenhöhe treffen, wenn auch die Mittellinie des Lichtbündels oder des Lichtkegels in einer Entfernung von 30 m den Erdboden erreicht. Außerdem ist es von großer Wichtigkeit, ob sich der Zeuge F. in dem Augenblick, in dem er geblendet wurde, mit dem Kraftwagen des Angekl. auf der gleichen Ebene befand. Und endlich darf die Erfahrungstatsache nicht übersehen werden, daß die Empfindlichkeit des Auges für eine Blendwirkung bei den einzelnen Menschen sehr verschieden ist und selbst bei einem und demselben Beobachter je nach den begleitenden Umständen wechselt. Auch bei vorschriftsmäßiger Beschaffenheit von Scheinwerfern ist die augenblickliche Blendung einer Person nicht unmöglich.

Andererseits kann sich der Angekl. zum Nachweise dafür, daß seine Scheinwerfer den Vorschriften entsprechen, nicht einfach auf die Tatsache berufen, daß die Scheinwerfer von einer zuverlässigen Firma geliefert sind und daß sie bei der polizeilichen Prüfung des Fahrzeugs nicht beanstandet wurden. Für den richtigen Einbau kann die die Scheinwerfer liefernde Firma keine Gewähr übernehmen. Die Polizeibehörde hat sich allerdings nach § 9 VerVO. vor der Abstempelung des Kennzeichens durch sorgfältige Prüfung davon zu überzeugen, daß das Fahrzeug den gesetzlichen Vorschriften entspricht, aber die Abstempelung bedeutet nicht ein Anerkenntnis und damit einen Beweis, daß das Fahrzeug in allen Beziehungen vorschriftsmäßig ist (vgl. Müller, Automobilgesetz S. 471; Oberländer-Bezold, Automobilrecht S. 419). Nach § 16 VerkVO. in der früheren, hier noch maßgebenden Fassung war der Führer dafür verantwortlich, daß das Fahrzeug sich in verkehrssicherem Zustand (§§ 3, 4 VerkVO.) befindet, und er hatte sich vor der Fahrt von dem Zustand des Fahrzeugs zu überzeugen. Auch wenn die Scheinwerfer bei der polizeilichen Prüfung des Fahrzeugs in Ordnung und richtig eingebaut waren, konnte durch eine nachherige Abänderung, z. B. durch eine geringe Verbiegung der die Scheinwerfer tragenden Ständer, ein vorschriftswidriger Zustand herbeigeführt werden.

(BayObLG., StS., Urt. v. 16. Nov. 1926, RevReg. I Nr. 554/26.)

*

14. §§ 42, 43, 44 KraftfahrzVerkVO.; § 366 Ziff. 10 StGB. **§ 44 KraftfahrzVerkVO. ist rechtsgültig.** †)

Die Vorschriften über den Verkehr mit Kleinkrafträdern in den §§ 41 mit 44 der VO. sind ihrem Wesen nach RechtsVO. Die Reichsregierung leitet ihre Befugnis zu dieser RechtsVO. aus dem § 27 KraftfahrzG. i. d. F. des Art. XII des Ges. v. 21. Juli 1923 ab, der die Geltung der Teile I, II und III des KraftfahrzG. für Kleinkrafträder aufgehoben und die Reichsregierung ermächtigt hat, mit Zustimmung des Reichsrates Anordnungen über den Verkehr mit Kleinkrafträdern zu treffen. Es ist unbestrittener Grundsatz des Reichsstaatsrechts, daß die vollziehende Gewalt zwar eine selbständige Zuständigkeit zur Erlassung von RechtsVO. nicht hat, daß sie aber, abgesehen von den Fällen, in welchen die RVerf. selbst die Ermächtigung zur Aufstellung von Rechtssätzen im Verordnungswege erteilt, durch RGes. zur Aufstellung von Rechtsnormen für Tatbestände, welche in das Gebiet der Reichsgesetzgebung fallen, ermächtigt werden kann. Es bedarf hier keiner Stellungnahme zu der Frage, ob und inwieweit dem Gesetzgeber Schranken in der Übertragung des Verordnungsrechtes gezogen sind, und namentlich nicht zu der Frage, ob die Ermächtigung nur für eine bestimmte einzelne Seite einer der Gesetzgebung zugewiesenen Angelegenheit oder für „einen verhältnismäßig kleinen Ausschnitt aus einer Materie" dagegen nicht für eine ganze Materie erteilt werden kann (vgl. Triepel in den Verhandl. des 32. deutschen Juristentages S. 25; Schön, Das Verordnungsrecht und die neuen Verfassungen in Laband, Arch. f. öffentl. Recht 6, 133); denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es sich bei der Regelung des Verkehrs mit Kleinkrafträdern um einen eng begrenzten Einzelausschnitt aus dem durch das Ges. geregelten Gebiete des Verkehrs mit durch Maschinenkraft bewegten Fahrzeugen handelt. Die Bedenken, die in den Aufsätzen JW. 1926, 784 und DJZ. 1926, 441 ausgesprochen werden, gehen auch keineswegs in dieser Richtung; sie zweifeln nicht die Gesetzmäßigkeit der auf Grund des § 27 KraftfahrzG. für die Kleinkrafträder in den §§ 40, 41, 42 früherer Fassung, 41, 42 und 43 jetziger Fassung der VO. aufgestellten Polizeivorschriften an, sondern lediglich die Gültigkeit der Strafvorschrift, unter deren Schutz diese Bestimmungen gestellt sind.

Der Aufsatz DJZ. 1926, 441 geht von der grundsätzlichen Auffassung aus, daß durch RechtsVO. überhaupt eine Strafvorschrift nicht geschaffen werden könne, wenn das Ges. nicht ausdrücklich und unter Setzung eines von ihm bezeichneten Strafrahmens zum Erlaß der Strafvorschrift ermächtige. Diese Auffassung findet indes weder in einer ausdrücklichen Bestimmung der RVerf. eine Stütze noch in einem anerkannten Rechtssatze des früheren deutschen Staatsrechts, der von der RVerf. von dort bei der Übernahme des Instituts der RechtsVO. mitübernommen worden wäre. Sie kann sich auch nicht auf die staatsrechtliche Praxis, namentlich auf die Auffassung und Praxis des RT. und der Reichsregierung und auf die Rspr. berufen. Strafvorschriften sind von der Reichsregierung auf Grund von Reichsgesetzen, die zu Rechtsanordnungen ermächtigten, aber keineswegs auch eine ausdrückliche Ermächtigung zur Aufstellung von Strafsatzungen enthielten, namentlich auf Grund der ErmächtigungsG. v. 13. Okt. 1923 und v. 8. Dez. 1923, aber auch auf Grund anderer Ges. in großer Zahl erlassen worden, ohne daß an ihrer Gültigkeit gezweifelt wurde. Daß die ErmächtigungsG. v. Okt. und Dez. 1923 in der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Form erlassen worden sind, spielt hier keine Rolle; denn diese Form ist nicht, um Strafvorschriften zu ermöglichen, sondern aus anderen Gesichtspunkten eingehalten worden. Übrigens fehlt es auch nicht an Strafsatzungen auf Grund einer solchen Ermächtigung durch einfaches RGes.; es sei hier nur auf das Ges. über die vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft v. 3. Aug. 1920 und auf das Ges. v. 6. Febr. 1921 über den Erlaß von VO. für die Zwecke der Übergangsvorschrift und die zu diesen Ges. erlassenen VO. verwiesen. Es ist auch kein innerer, im Wesen der Staatsgewalt oder der Strafgesetzgebung oder Strafgerichtsbarkeit liegender Grund einzusehen, warum RechtsVO., die Rechtssätze von einschneidendster Bedeutung für die Freiheit der Person und des Vermögens aufstellen können, nicht auch StrafGes. ohne eine ausdrückliche Ermächtigung in dieser Richtung sollten erlassen können, wenn diese Strafgesetze zur Regelung des der VO. überwiesenen Gebietes auf-

---

Zu 14. Die interessante Entsch. befaßt sich mit der zweifelhaften Frage, ob die Strafbestimmung in § 44 KraftfahrzVerkVO. gültig ist, und bejaht sie. Zutreffend ist, daß die in einem formellen Ges. enthaltene Ermächtigung einer Verwaltungsbehörde zur näheren Regelung einer Materie gewöhnlich auch die Ermächtigung zu Strafandrohungen mitumfaßt. Jedenfalls für das Reichsrecht muß man diesen Grundsatz anerkennen, will man nicht zahlreiche, bisher unbeanstandete ReichsVO. mit Strafandrohungen zu leges imperfectae machen. Aber selbst wenn man das zugibt, so ist damit die vorliegende konkrete Frage noch nicht gelöst. Allerdings ermächtigt § 27 Abs. 2 KraftfahrzVerkG. die Reichsregierung zum Erlaß von Anordnungen über den Verkehr mit Kleinkrafträdern, aber erst nachdem im vorhergehenden Absatz die Anwendung der Strafvorschriften des KraftfahrzG. für Kleinkrafträder ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Die Bewertung dieser Tatsache, die m. E. den eigentlichen unbewußten Grund der ganzen Streitfrage enthält, vermißt man in der vorl. Entsch., und weswegen vermag letztere trotz ihrer sonstigen überzeugenden Ausführungen schließlich doch nicht zu befriedigen.

Im Ergebnis stimme ich mit der herrschenden Meinung von Theorie und Praxis der vorl. Entsch. freilich zu. Das KraftfahrzG. wollte in § 27 die Kleinkrafträder ganz allgemein von seinen Vorschriften ausnehmen und es der Reichsregierung anheimstellen, welche Bestimmungen sie für diese Gruppe von Kraftfahrzeugen erlassen wollte. Wären dabei die Strafbestimmungen des KraftfahrzVerkG. nicht mit ausgeschlossen worden, so hätte die Gefahr bestanden, daß für Kleinkrafträder Handlungen unter Strafe gestellt wären, die an sich gar nicht verboten werden sollten. Es blieb also nichts anderes übrig, als auch die Strafbestimmungen des KraftfahrzG. für Kleinkrafträder nicht gelten zu lassen. Damit ist aber nachgewiesen, daß § 27 KraftfahrzVerkG. nicht die Bedeutung haben kann, daß er die mit Kleinkrafträdern begangenen Verletzungen von Verkehrsvorschriften straflos lassen wollte, sondern daß lediglich die Reichsregierung völlig freie Hand haben sollte sowohl bezüglich der von ihr zu erlassenden, die Kleinkrafträder betreffenden Ge- und Verbote als auch bezüglich der Bewehrung dieser Ge- und Verbote mit Strafbestimmungen. Einer Heranziehung des § 366 Ziff. 10 StGB. bedarf es also in der Tat nicht; erklärt man die Strafbestimmung des § 44 KraftfahrzVerkVO. für gültig, so ist seine Anwendung damit sogar ausgeschlossen. — Freilich ist die vom Gesetzgeber getroffene Regelung eine recht unglückliche — wie am besten die vorl. Meinungsverschiedenheiten beweisen —, und es steht zu hoffen, daß bei der nächsten Novelle zum KraftfahrzG. § 27 Abs. 2 dahin ergänzt wird, daß die Ermächtigung zum Erlaß einer Strafandrohung in begrenzter Höhe aufgenommen wird.

PrivDoz. Dr. Peters, Breslau.

gestellt werden, namentlich wenn sie zum Schutze des in der VO. selbst gesetzten Rechts dienen.

Auch aus § 2 StGB. kann ein Hindernis gegen die Aufstellung von Strafsatzungen im Verordnungswege nicht entnommen werden. Es ist unstreitig, daß er keineswegs etwa nur Ges. in formalem Sinne im Auge hat, sondern daß er unter Ges. jeden geschriebenen Rechtssatz, also auch die staatsrechtlich zulässige StrafVO. versteht (Frank, Anm. 1 zu § 2; RGSt. 55, 116). Der Sen. befindet sich mit der hier entwickelten grundsätzlichen Auffassung auch im Einklang mit RGSt. 55, 246.

Hiernach unterliegt die Rechtsgültigkeit der Strafvorschrift des § 44 VO. trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung zu einer Strafsatzung keinem verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn diese Vorschrift nur sachlich in den Rahmen der durch § 27 KraftfahrzG. der Reichsregierung erteilten Ermächtigung fällt.

Daß diese Voraussetzung gegeben ist, wird JW. 1926, 784 ohne überzeugende Gründe verneint. Die Ermächtigung zur Aufstellung von Rechtsnormen umfaßt alles, was zur sachgemäßen Regelung des Gebietes, das der VO. überwiesen ist, gehört. Zu einer polizeilichen Verkehrsregel gehört nach Auffassung und Übung des deutschen Staats- und Polizeirechts der Rechtszwang in der Gestalt des Strafzwanges. Eine Verkehrsregelung ist unvollständig und wirkungslos, wenn ihre Einhaltung nicht durch eine Strafandrohung, die an die Zuwiderhandlung geknüpft ist, gesichert wird. Nach dem vernünftigen Sinn und Zweck einer Ermächtigung, wie sie hier gegeben ist, liegt in ihr deshalb auch die Ermächtigung zur Erlassung der Strafvorschrift, die die zur Rechtssetzung ermächtigte Stelle zur wirksamen Durchführung ihrer Anordnungen für geboten erachtet, und zwar gleichviel, ob der Gesetzgeber diese Ermächtigung mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen hat oder nicht. Die Ermächtigung, daß der Verordnungsvorbehalt in § 27 Abs. 2 KraftfahrzG. sich in seiner Fassung an § 6 dieses Ges. anlehne und daß der § 6 seinerseits keine Ermächtigung zu einer Strafvorschrift mitenthalte, ist schlüssig; denn auch dem § 6 wohnt diese Beschränkung nicht nach seinem Wesen inne, sondern sie ergibt sich erst äußerlich durch die Tatsache, daß eben der Gesetzgeber selbst in dem § 21 KraftfahrzG. die Strafvorschrift aufgestellt hat.

Auch die Erwägung, daß die ermächtigte Stelle bei dieser Auffassung der Rechtslage die Möglichkeit haben würde, für Zuwiderhandlungen gegen ihre Anordnungen unverhältnismäßig schwere Strafen anzudrohen, schlägt nicht durch. Sie liegt auf rechtspolitischem Gebiete und mag die Forderung rechtfertigen, daß der Gesetzgeber seine Ermächtigung stets durch Aufstellung eines Strafrahmens beschränke, an der Rechtslage, die durch eine nicht in dieser Art eingeschränkte Ermächtigung geschaffen wird, kann sie nichts ändern.

Nach alledem besteht der § 44 der VO. zu Recht. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit, wenn er nicht bestünde oder ungültig wäre, der § 366 Ziff. 10 StGB. auf Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften der VerkVO. über den Verkehr mit Kleinkrafträdern angewendet werden könnte. Denn es sind immerhin Zweifel möglich, ob seine Strafsatzung alle im § 42 VerkVO. für Kleinkrafträder aufgestellten, über die unmittelbare Bewegung dieser Fahrzeuge auf den öffentlichen Verkehrswegen erheblich hinausgreifenden Polizeivorschriften decken würde. Es ist nicht ausgeschlossen, daß außer dem Bedürfnisse, eine strengere Bestrafung als nach § 366 Ziff. 10 StGB. möglich zu machen und die Gleichheit mit § 21 KraftfahrzG. herzustellen, die Möglichkeit solcher Zweifel die Reichsregierung veranlaßt hat, eine besondere Strafvorschrift aufzustellen. Auf jeden Fall schließt diese Strafvorschrift als Sondervorschrift für den Verkehr der Kleinkrafträder auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen die Anwendung der allgemeinen Strafvorschrift des § 366 Ziff. 10 StGB. aus.

(BayObLG., StS., Urt. v. 25. Jan. 1927, RevReg. I Nr. 742/26.)

*

15. § 27 Schlachtvieh- und Fleischbeschaugesetz. **Die zum Zwecke der Ermöglichung der Ausfuhr von Lebendvieh aus einem Beobachtungsgebiete vorgenommene seuchenpolizeiliche Untersuchung befreit nicht von der Schlachtviehbeschau, denn diese setzt eine bewußte und gewollte Amtsausübung des Fleischbeschauers voraus (vgl. RGSt. 42, 230). Die Unterlassung der Anmeldung ist — gegenüber der ohne Lebendbeschau und ohne Genehmigung des Beschauers vorgenommenen Schlachtung — kein selbständiges Delikt, geht vielmehr in der Verwirklichung des in § 27 Nr. 2 des Ges. aufgestellten Tatbestandes auf.**

(BayObLGSt., Urt. v. 28. Febr. 1927, RevReg. II Nr. 31/27.)

*

16. Art. 23 Ziff. 6 BayJagdG. **Bei einer Mehrheit von Jagdpächtern bedarf der Erlaubnisschein zum Jagen der Unterzeichnung durch alle Pächter.** †)

Die Vorschrift ist jagdpolizeilichen Charakters; sie soll der Jagdpolizei die Möglichkeit sichern, sich über die Jagdbefugnis eines Jagenden, der nicht selbst Jagdberechtigter ist, einfach und rasch zu vergewissern. Diese Sicherheit besteht nur dann, wenn bei einer Mehrheit von Jagdberechtigten die schriftliche Erlaubnis aller gefordert wird. Denn es kann der Jagdpolizei nicht zugemutet werden, zu prüfen, ob nach dem Innenverhältnisse zwischen den mehreren Jagdberechtigten nur alle zusammen oder ob auch einzelne berechtigt sind, Dritten die Jagdausübung zu gestatten. Die Forderung, daß Erlaubnisscheine von allen Jagdberechtigten ausgestellt sein müssen, findet ihre Stütze auch im Wortlaut des Gesetzes. Art. 23 Ziff. 6 a. a. O. spricht nicht von der Erlaubnis „eines" Jagdberechtigten, sondern von der Erlaubnis „des" Jagdberechtigten, also des Trägers des Jagdrechtes. Das ist aber bei einer Mehrheit von Jagdberechtigten nicht der einzelne, sondern die Gesamtheit. Daß die Fassung des Ges. nicht ausdrücklich auf diesen Fall abgestellt ist, sondern die Einzahl gebraucht, entspricht durchaus der Technik der Gesetzessprache. Das Schrifttum zu Art. 23 Ziff. 6 BayJagdG. steht denn auch nahezu ausschließlich auf dem Standpunkte, daß der Erlaubnisschein bei einer Mehrheit von Jagdberechtigten von allen unterzeichnet sein müsse. So Pollwein, Ges. betr. Ausübung der Jagd, hier die 7. Aufl.; Behr, Das BayJagdG.; dann Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern 1902 S. 154. Das KG. legt in ständiger Rspr. die entsprechende Bestimmung des preußischen Rechts ebenso aus und auch das RG. hat es in einer Entsch. — abgedr. JW. 1892, 203 — getan. Dem Sen. ist es nicht bekannt, daß, soweit es sich um das Jagen in Begleitung des Jagdberechtigten handelt, im Schrifttum und in der Rspr. der Instanzgerichte überwiegend die Ansicht vertrten wird, der Vorschrift des Art. 23 Ziff. 6 BayJagdG. werde durch die Begleitung auch nur des einen von mehreren Jagdberechtigten genügt. Es läßt sich nicht verkennen, daß es einen gewissen Widerspruch darstellt, wenn andererseits für den Erlaubnisschein Unterschrift durch alle Berechtigte gefordert wird. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob jener Ansicht, die sich hauptsächlich auf das praktische Bedürfnis stützen zu können meint und zu deren Begründung hervorgehoben wird, daß die Begleitung durch einen der Jagdberechtigten für den Zweck der jagdpolizeilichen Kontrolle eine bessere Gewähr für die Jagdbefugnis eines Jagenden, der nicht selbst Jagdberechtigter ist, biete als ein nur von einem oder einigen Berechtigten ausgestellter Erlaubnisschein, zuzustimmen wäre und ob nicht vielmehr verlangt werden müßte, daß der Jagende, wenn er nicht von allen Jagdberechtigten begleitet ist, einen Erlaubnisschein der nicht in seiner Begleitung befindlichen Berechtigten mit sich führe.

(BayObLG., StS., Urt. v. 7. Jan. 1927, RevReg. I Nr. 709/26.)

Zu 16. Der Entsch., die nicht nur für Bayern, sondern für fast durchgehends alle Länder des Deutschen Reichs von Bedeutung ist, weil in ihren JagdG. ebenfalls für den Jagdgast der Erlaubnisschein „des" Jagdberechtigten gefordert wird, muß beigetreten werden. Sowohl dem Wortlaut als auch dem Zweck nach kann dies richtigerweise nur so ausgelegt werden, daß bei einer Mehrheit von Jagdberechtigten eben sämtliche den Schein zu unterschreiben haben, wenn er Rechtswirksamkeit i. S. der JagdG. haben soll. Denn nur in ihrer Gesamtheit stellen die mehreren Personen „den" Jagdberechtigten dar. Aber auch sachlich wird nur auf diese Weise der gesetzliche Zweck erreicht. Den Kontrollbeamten soll durch die Einführung des Erlaubnisscheins doch eine sofortige und zuverlässige Prüfung dahin ermöglicht werden, ob der Inhaber des Scheins privatrechtlich zur Jagdausübung befugt ist. Dazu sind die Kontrollbeamten nur imstande, wenn die ihnen als Jagdberechtigte bekannten Personen sämtlich auf dem Schein stehen. Andernfalls müßten sie ja erst das Innenverhältnis der Mehrheit rechtlich dahin prüfen, ob auch gerade der einzelne, der den Schein unterschrieben hat, für den in Betracht kommenden Teil des Jagdreviers nach den Abmachungen der Mehrheit allein jagdberechtigt ist. Eine so weitgehende rechtliche Prüfung kann und sollte den Kontrollbeamten nicht zugemutet werden.

In Preußen ist diese Rechtsauffassung in Literatur und Rspr. auch ständig, und zwar auch schon zur Zeit des JagdG. v. 7. März 1850 vertreten worden. Siehe dazu Bauer S. 173; Dalcke-Delius S. 356; Joh. 8, 213; GoltdArch. 61, 365; Recht 1918, 253. Die Braunschweigische JagdO. v. 3. März 1911 hat übrigens in diesem Sinne schon gesetzlich entschieden. Nach ihr dürfen beim Vorhandensein mehrerer Inhaber oder mehrerer Pächter eines Jagdbezirks Erlaubnisscheine nur von deren Gesamtheit ausgestellt werden (§ 26 Abs. 2). AGR. Görcke, Eberswalde.

II. Verfahren.

17. §§ 116 Abs. 5, 304, 310 StPO. **Die Verhängung einer Disziplinarstrafe ist eine Verfügung i. S. des § 116 Abs. 5 StPO. gegen die nach § 304 Beschwerde zulässig ist. Nach § 310 StPO. findet eine weitere Anfechtung der in der Beschwerdeinstanz erlassenen Entscheidungen der LG. regelmäßig nicht statt. Eine Ausnahme macht § 310 Abs. 1 StPO. nur hinsichtlich der Beschlüsse, welche „Verhaftungen" betreffen.**

Im Schrifttum ist allerdings die Anschauung vertreten, daß nach § 310 Abs. 1 StPO. alle aus Anlaß eines Haftbefehls erlassenen Entscheidungen, also insbesondere auch solche nach § 116 StPO., der

weiteren Beschwerde unterliegen (Löwe-Rosenberg, 16. Aufl. Bem. 4; Feisenberger, Bem. 1 zu § 310 StPO.), und die Rspr., auch jene des BayObLG., ist zum Teile dieser Ansicht beigetreten (so — ohne nähere Begründung — Beschl. des 1. StS. v. 1. Juni 1920, BeschwReg. Nr. 778/1920; v. 2. Mai 1922, BeschwReg. I Nr. 228/1922).

Der Sen. vermag sich dieser Anschauung nicht anzuschließen.

„Verhaftung" ist nach dem Sprachsinne des Wortes nur die Freiheitsentziehung, wie sie eben nach §§ 112 ff. StPO. durch Vollzug eines Haftbefehls oder nach § 127 StPO. durch vorläufige Festnahme erfolgt (ebenso BayObLGSt. 1, 366; 7, 297; ferner Beschl. des BayObLG. v. 21. Jan. und 18. Sept. 1909, BeschwReg. Nr. 46, 684/1909). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch die Entsch. über die Verschonung eines Angeschuldigten mit der Untersuchungshaft gegen Sicherheitsleistung (§§ 117 ff. StPO.), „die Verhaftung" betreffen, insofern sie, wie die Inhaftnahme selbst, sich mit der Frage der Freiheitsentziehung befassen (vgl. ZStW. 43, 501). Jedenfalls betreffen aber Verfügungen i. S. des § 116 StPO. zwar einen „Verhafteten", aber nicht mehr die „Verhaftung".

Auch der Beweggrund, der zu der einzigen Ausnahme von der Regel, dem Ausschluß der weiteren Beschwerde im Strafprozeß, geführt hat, zwingt zu einer engeren Auslegung des Begriffes „Verhaftung" in § 310 Abs. 1 StPO. „Der Grund dieser Ausnahmebestimmung ruht in der materiellen Bedeutung, welche den die Entziehung der persönlichen Freiheit betreffenden Entsch. beiwohnt und welche die Bürgschaft einer zweifachen kollegialischen Beschlußfassung erheischt" (Mot. zu § 297 des Entw., Hahn, Materialien zur StPO. 1, 249). Der Beweggrund, der den Gesetzgeber zu der Ausnahmebestimmung veranlaßte, hat in der Vorschrift deutlichen Ausdruck gefunden. Er trifft nicht zu für Entscheidungen, die sich mit dem Gebahren des Untersuchungsgefangenen während der Untersuchungshaft beschäftigen.

Auf Entscheidungen, die sich zwar mit einem Untersuchungsgefangenen befassen, die aber nicht die Frage der Freiheitsentziehung auf Grund des Haftbefehls oder durch vorläufige Festnahme zum Gegenstande haben, kann hiernach die Vorschrift des § 310 Abs. 1 StPO. nicht ausgedehnt werden (ebenso OLG. Stuttgart: Deutsche Strafrechtszeitung 1914, 539; ZStW. 45, 409; OLG. Breslau: JurR., Rspr. 1926 Nr. 1896).

(BayObLG., StS., Beschl. v. 14. Okt. 1926, BeschwReg. II Nr. 574/26.)

*

18. § 233 StPO. **In anderen als den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen darf gegen den abwesenden Angeklagten nicht verhandelt werden.**

Der Angekl. war vom BG. auf seinen Antrag gem. § 233 StPO. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Berufungsverhandlung entbunden worden, und es war dabei entsprechend dem ausdrücklichen Verlangen des Angekl. sein Verhör durch das AG. D. angeordnet worden. Dort hat der Angekl., als er verhört werden sollte, erklärt, daß er von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht entbunden sein, sondern persönlich an der Hauptverhandlung teilnehmen wolle. Damit hatte der Beschl. auf Entbindung von der Verpflichtung zum Erscheinen seine Bedeutung verloren und mit Recht hat deshalb auch das BG. von der Durchführung der angeordneten kommissarischen Vernehmung des Angekl. Abstand genommen und der Staatsanwalt diesen zur Hauptverhandlung mit dem Formblatt geladen, das von der Verpflichtung des Angekl. zum Erscheinen ausgeht und die übliche Androhung der Folgen des Ausbleibens enthält. In diesem Termine durfte ohne Anwesenheit des Angekl. nicht zur Hauptverhandlung geschritten werden, da die Voraussetzungen des § 233 StPO. nicht mehr gegeben waren und auch keiner der sonstigen Ausnahmefälle, in denen die StPO. die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angekl. gestattet, vorlag.

Die Erwägung, daß der Angekl. durch die Sachbehandlung nicht beschwert sei, da sonst seine Berufung gem. § 329 StPO. sofort hätte verworfen werden müssen, vermag das prozessuale Vorgehen des BG. nicht zu rechtfertigen; denn es verstößt eben gegen einen Grundsatz der StPO., gegen einen abwesenden Angekl. in einem anderen als den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen zu verhandeln. Übrigens lagen die Voraussetzungen für eine sofortige Verwerfung der Berufung gar nicht vor. Denn dem Angekl. war auf seinen telegraphisch gestellten Vertagungsantrag vom StA. auf richterliche Anordnung telegraphisch mitgeteilt worden, daß der Vertagungsantrag abgelehnt sei und daß sein persönliches Erscheinen nicht nötig sei. Diese Mitteilung entsprach zwar nicht der Rechtslage; immerhin mußte infolge dieser Mitteilung das Ausbleiben des Angekl. in dem Hauptverhandlungstermin als genügend entschuldigt gelten.

(BayObLG., StS., Urt. v. 20. Mai 1927, RevReg. I Nr. 244/27.)

*

19. §§ 273, 274 StPO. **1. Berichtigung des Sitzungsprotokolls wegen unvollständiger Beurkundung eines Beweisantrags. 2. Beurkundung der Verlesung der Zeugenaussagen der ersten Instanz in der zweiten Instanz.**

1. Der Vorsitzende hat den Antrag, soweit darin eine Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Niederschrift durch Weglassung der Zeugen H. und L. bei der Beurkundung des Beweisantrags des Verteidigers geltend gemacht wurde, sachlich gewürdigt und abgelehnt. Eine solche Entsch. ist an sich der Anfechtung entzogen (BayObLG. Samml. 7, 162 ff., 11, 192, 193). Bedenken bestehen hier nur insofern, als der Vorsitzende beschlossen hat, ohne den Gerichtsschreiber vorher zu hören, was in der Regel zur Gewinnung einer zuverlässigen Entscheidungsgrundlage notwendig ist (Löwe-Rosenberg, StPO. 17. Aufl. Anm. 3b zu § 274, Anm. 3a zu § 271). Ob dieser Verfahrensmangel die Folge hat, daß der Bescheid — als alleinige Meinungsäußerung des Vorsitzenden — anfechtbar wird, ist fraglich (vgl. RG. in LZ. 9, 556; OLG. Dresden daselbst S. 1405; OLG. Düsseldorf in GoltdArch. 58, 500). Es bedarf jedoch im gegebenen Fall keiner bestimmten Stellungnahme über die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Auch wenn sie bejaht wird, ist es klar, daß der Berichtigungsantrag nach dieser Richtung auch bei neuerlicher Prüfung durch die Urkundspersonen keinen Erfolg erreichen kann.

Der Gerichtsschreiber wurde nachträglich im BeschwVerfahren gehört und hat erklärt, daß er sich an eine Benennung der Zeugen H. und L. nicht erinnere. Eine Änderung des vom Vorsitzenden gefaßten Beschl. ist deshalb ausgeschlossen. Die Zurückverweisung hätte keinen Zweck. Die Beschwerde war darum insoweit zu verwerfen.

2. Der weitere Antrag des Verteidigers, das Sitzungsprotokoll durch nachträgliche Aufnahme des Vorganges der Verlesung der Aussagen der in erster Instanz vernommenen zur Berufungsverhandlung nicht geladenen Zeugen (B. und Beck) zu ergänzen, wurde vom Vorsitzenden mit der Begründung abgelehnt, daß eine solche Feststellung im Protokoll nach § 273 StPO. nicht erforderlich sei.

Diese Verfügung ist, weil sie den Antrag nicht sachlich verbeschieden hat, mit Beschw. anfechtbar.

Der Standpunkt des Vorsitzenden ist rechtsirrig.

Das Protokoll muß nach § 273 I StPO. die Bezeichnung der verlesenen Schriftstücke enthalten. Die Vorschrift ist gem. § 332 StPO. für die Berufungsverhandlung entsprechend anzuwenden. Als Schriftstück i. S. des § 273 I StPO. kommt, wenn das Protokoll über die Berufungsverhandlung zu errichten ist, auch das erstinstanzliche Sitzungsprotokoll im ganzen oder in einzelnen Teilen in Betracht. Das Protokoll der 2. Instanz ist unvollständig, wenn es über die Verlesung von Zeugenaussagen hinweggeht. Die Bedeutung dieser Protokollierungspflicht tritt besonders hervor, wenn es sich um die Frage handelt, ob durch die Verlesung die Prozeßvorschrift des § 325 Satz 2 StPO. verletzt wurde (vgl. Feisenberger, StPO. Anm. 2 zu § 325). Der § 325 StPO. regelt nur die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Verlesung erstinstanzlicher Zeugenaussagen, gibt aber keine Norm über den Protokollinhalt, der sich allein nach § 273 mit § 332 StPO. zu richten hat.

Darüber, ob die Verlesung im Rahmen der Beweisaufnahme oder während der Berichterstattung erfolgt sein soll, spricht sich der Berichtigungsantrag nicht aus. Was das Erfordernis der Protokollierung anlangt, besteht jedoch kein Unterschied.

Die Verlesung von Zeugenaussagen ist stets ein Akt der Beweisaufnahme, der als solcher im Gange der Verhandlung äußerlich erkennbar ist, und gehört in das Protokoll, auch wenn er mit der Berichterstattung verbunden wurde. Der erwähnte zweite Teil des angefochtenen Beschlusses war deshalb aufzuheben. Der Vorsitzende der StK. hat über diesen Antrag auf Ergänzung des Protokolls nach Einvernahme des Gerichtsschreibers sachlich zu entscheiden.

(BayObLG., Beschl. v. 24. Febr. 1927, BeschwReg. I Nr. 43/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wassertrüdinger, Nürnberg.

*

20. §§ 304, 305, 391 Abs. 2 und 3 StPO. **Unter Entscheidungen, die der Urteilsfällung vorausgehen, sind nur jene Entscheidungen zu verstehen, die mit der Urteilsfällung in einem inneren Zusammenhang stehen, zu deren Vorbereitung dienen und bei der Urteilsfällung nochmals der Prüfung des erkennenden Gerichts unterliegen. Die Fristsetzung des § 391 ist nicht auf bestimmte Fälle beschränkt.**

Durch den angefochtenen Beschl. wurde der Antrag des Angekl. dem Privatkl., der gegen das freisprechende Urt. der ersten Instanz Berufung eingelegt hat, zur Einbezahlung des rückständigen Gebührenvorschusses für die BerInst. eine angemessene Frist unter Androhung der Verlusterklärung des Rechtsmittels zu setzen, abgelehnt.

Die hiergegen vom Angekl. eingelegte Beschwerde ist gem. § 304 StPO. zulässig. Der Zulässigkeit steht auch der § 305 StPO. nicht entgegen, obwohl es sich um die Entsch. des Vorsitzenden des erk. Gerichts handelt. Der Sen. hält an der in der Entsch. Bd. 10 S. 10 niedergelegten Auffassung fest, daß als Entsch., welche „der Urteilsfällung vorausgehen" nicht alle nach der Eröffnung des Hauptver-

fahrens zeitlich vor der Urteilsfällung erlassenen Entsch. zu erachten sind, sondern nur jene, die mit der Urteilsfällung in einem inneren Zusammenhang stehen, zu deren Vorbereitung dienen und bei der Urteilsfällung nochmals der Prüfung des erk. Gerichtes unterliegen. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Die beantragte Fristsetzung dient lediglich dem Fortbetrieb des Strafverfahrens und führt bei Nichteinhaltung der Frist lediglich zu einem Prozeßurteil ohne Eingehen auf die Sache selbst, während bei Einhaltung der Frist für das alsdann zu erlassende Sachurteil die Fristsetzung ohne jegliche sachliche Bedeutung ist und die Nachprüfung ihrer Gesetzmäßigkeit nicht in Frage kommt.

Die Beschwerde ist auch sachlich begründet. Die Fristsetzung des § 391 Abs. 2, 3 StPO. dient dem Zwecke, „den pünktlichen Betrieb des Verfahrens durch den Privatkl. zu sichern“ (vgl. GoltdArch. 46, 229; Löwe, Anm. 6 zu § 391). Eben den gleichen Zweck verfolgt auch die vom Angekl. beantragte Maßnahme. Sie soll das dem Fortgang und der Beendigung des Verfahrens von der Seite des Privatkl. entgegenstehende Hindernis beseitigen. Es ist daher, zumal die Fristsetzung nach § 391 StPO. nicht auf bestimmte Fälle beschränkt ist, sondern aus jedem gerechtfertigten Anlaß gebraucht werden kann, zumal ferner der Privatkl. zu der Handlung, für die ihm die Frist gesetzt werden soll, nach § 83 GKG. gesetzlich verpflichtet ist, nicht einzusehen, weshalb die beantragte Fristsetzung nicht zulässig sein sollte.

Daß dem Privatkl. bereits vorher vom Vorsitzenden des Gerichts eine Frist zur Vorschußzahlung ohne Androhung der Folgen aus § 391 StPO. gesetzt worden war, kann kein Hindernis bilden, nunmehr den Antrag des durch den Verfahrensstillstand in seinen berechtigten Interessen verletzten Angekl. stattzugeben.

Aber auch der Umstand, daß die Verpflichtung zur Zahlung des Gebührenvorschusses und die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung in den §§ 83, 84 GKG. besonders geregelt sind, läßt die beantragte Fristsetzung nicht als unzulässig erscheinen. Dieser Gesichtspunkt mag durchschlagen, wenn es sich lediglich um die Sicherung der Staatskasse wegen der Gebühren und Auslagen handelt (vgl. GoltdArch. 46, 229 und Löwe, Anm. 6 zu § 391). Aus ihm kann aber nicht die Unzulässigkeit einer Maßnahme gefolgert werden, die allein oder neben jenem Zwecke einen Druck auf den Privatkl. zur Fortführung und Beendigung des Verfahrens auszuüben bestimmt ist. Von dem in GoltdArch. 46, 229 behandelten Falle weicht der gegenwärtige Fall insofern ab, als dort Nichtzahlung des angeordneten Gebührenvorschusses den Fortbetrieb des Strafverfahrens nicht hinderte, während sie hier das Unterbleiben jeder gerichtlichen Tätigkeit und damit den tatsächlichen Stillstand des Verfahrens bewirkt

Die beantragte Fristsetzung mit Androhung der Folgen des § 391 Abs. 2, 3 StPO. ist hiernach entgegen der Anschauung des Vorderrichters zulässig. Ob diese Maßnahme zu treffen ist, hängt aber weiter von der Prüfung ihrer Angemessenheit ab. Diese Prüfung hat der Vorderrichter, der die Maßnahme als gesetzlich unzulässig abgelehnt hat, noch nicht vorgenommen.

(BayObLG., StS., Beschl. v. 6. April 1927, BeschwReg. I A Nr. 70/27.)

*

21. §§ 375 Abs. 3, 383, 388 StPO. **Der Verbrauch des Privatklagerechts ist nicht davon abhängig, daß das über die Privatklage des einen Berechtigten erkennende Gericht seine Entscheidung in Kenntnis des Vorhandenseins eines weiteren Berechtigten erläßt. Es ist auch ohne Belang, ob der Mitberechtigte schuldhaft oder ohne sein Verschulden verabsäumt hat, der von dem andern Berechtigten erhobenen Privatklage beizutreten. — Eine Widerklage ist unzulässig, wenn die Privatklage nach § 383 StPO. zurückzuweisen ist.**

(BayObLG., StS., Urt. v. 20. Okt. 1926, RevReg. I A Nr. 131/26.)

*

22. §§ 471, 473, 465, 467 StPO.; § 6 GKG. **Kostenentscheidung im Strafverfahren.**

Die Privatklage wurde von X. V. erhoben

I. in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Sohnes M. V.

a) gegen Michael G. wegen Bedrohung,

b) gegen Johann G. wegen Körperverletzung;

II. in eigenem Namen als Ehemann gem. § 374 Abs. 2 StPO. wegen Beleidigung seiner Ehefrau gegen Johann G.

Johann G. wurde vom AG. gemäß dem Antrag der Privatklage II und im Falle Ib wegen zwei sachlich zusammentreffender Vergehen der leichten Körperverletzung verurteilt.

Michael G. (Ia) ist in 1. Inst. freigesprochen worden. Der hierzu erforderliche Kostenausspruch hat gefehlt.

Die Kostenentsch. des AG. lautet: „Von den Kosten des Verfahrens hat der Privatkl. 1/3, der Privatbekl. — gemeint ist jedenfalls der verurteilte Johann G. — 2/3 zu tragen.“ Eine solche Ordnung der Kostenpflicht war im Hinblick auf §§ 465, 467, 471 Abs. 1 u. 3 StPO. gesetzwidrig. Die Kostenfolge der Verurteilung oder der Freisprechung je für den betr. Angekl. wie auch gegenüber dem Privatkl. ist klar und deutlich vorgeschrieben. Eine quotenmäßige Verteilung nach § 471 Abs. 2 StPO. kann bei dieser Sachlage nicht stattfinden.

Der Privatkl. hat gegen das amtsgerichtl. Urt. die Berufung eingelegt, soweit Michael G. freigesprochen wurde (Fall Ia) und ihm — dem Privatkl. — ein Teil der Kosten auferlegt worden ist.

Das BG. hat das erste Urteil in der Richtung gegen Michael G. aufgehoben, auch ihn i. S. der Privatklage verurteilt und ausgesprochen, daß er die auf die Anklage gegen ihn erwachsenen Kosten beider Instanzen zu tragen hat. Beseitigt wurde damit die amtsgerichtliche Kostenentscheidung nur im Verhältnis zwischen dem Privatkl. und Michael G., sofern man annimmt, daß sie sich hierauf erstreckt hat. Soweit das AG. eine quotenmäßige Kostenverteilung für den Privatkl. und Johann G. angeordnet hatte, wurde nichts geändert. Das BG. ist über diesen fehlerhaften Ausspruch der Vorinstanz hinweggegangen. Zur BerVerh. wurde nur Michael G. geladen. Nur mit ihm wurde die Hauptverh. gepflogen, obwohl die Privatklage in der Kostenfrage auch in der Richtung gegen Johann G. anhängig geblieben und der zweitinst. Entsch. unterbreitet war.

Das BG. hätte unter Aufhebung des amtsgerichtl. Kostenausspruches weiter erkennen müssen, daß der Angekl. Johann G., als zur Strafe verurteilt, die Kosten des gegen ihn gerichteten Verfahrens beider Instanzen zu tragen und insoweit die notwendigen Auslagen des Privatkl. zu erstatten hat. Nachdem die Privatklage in allen Teilen durchgedrungen und durch die Berufung des Privatkl. sachlich begründet war, kam für ihn jede Kostenpflicht in Wegfall.

Das dem Michael G. zur Last gelegte Vergehen der Bedrohung ist eine selbständige Straftat, die mit den Straftaten des Johann G. in keinerlei Zusammenhang steht. Der Grundsatz des § 471 Abs. 4 Satz 2 StPO. entspricht trotz seines anderen Wortlautes dem Grundsatz des § 466 Abs. 2 StPO. Die samtverbindliche Haftung mehrerer Privatbekl. hat nur dann einzutreten, wenn sie in bezug auf dieselbe Tat verurteilt wurden, wie die Entsch. des BayObLG. (RevReg. I A 485/25) des näheren ausgeführt hat (vgl. auch Löwe-Rosenbern, StPO., 16. Aufl. Anm. 10 zu § 471; Feisenberger, StPO. Anm. 5 zu § 471).

Der zweitinstanzielle Kostenausspruch im Verfahren gegen Michael G. ist in Ordnung. Das Rechtsmittel ist, soweit es nach dieser Richtung eine Änderung bezweckt, erfolglos. Die in § 471 Abs. 1 StPO. festgesetzte Verpflichtung hinsichtlich Erstattung der notwendigen Auslagen des Privatkl. ergibt sich ohne besonderen Ausspruch von selbst (Löwe-Rosenberg a. a. O. Anm. 3 zu § 471). Hiernach war die Revision in der Privatklagesache gegen Michael G. mit der gesetzlichen Kostenfolge (§§ 473, 471 StPO.) zu verwerfen, wobei zu beachten ist, daß der Privatkl. als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Sohnes — allein in dieser Eigenschaft kommt er hier in Betracht — nur mit dem Vermögen des Sohnes für die Kosten haftet (RGSt. 48, 138; 53, 345).

Zweifelhaft kann es erscheinen, ob die Revision, die nur mit Angriffen gegen die zweitinstanzielle Entsch. begründet werden darf, nicht aber das amtsgerichtl. Urteil für sich anfechten kann, in Ansehung der im Verfahren gegen Johann G. entstandenen Kosten zulässig ist, weil das BG. hierüber nicht verhandelt und nicht ausdrücklich erkannt hat.

Der Sen. hat die Frage bejaht. Das LG. ist offenbar davon ausgegangen, daß mit seiner vorl. Entsch. das ganze Verfahren abgeschlossen sein soll. Das kann dem sachlichen Erfolge nach nur die Bedeutung haben, daß der falsche erstinstanzielle Kostenanspruch aufrecht erhalten wird, daß stillschweigend eine Änderung desselben im Verhältnisse des Privatkl. zum Angekl. Johann G. abgelehnt ist, obgleich nur ein Versehen im Verfahren ursächlich gewirkt haben wird. Vom Standpunkt des BG. aus müßte man, würde die Revision in dieser Hinsicht nicht zugelassen, zu dem Ergebnis kommen, daß die fehlerhafte quotenmäßige Kostenerteilung des ersten Urteils zuungunsten des Privatkl. rechtskräftig und unabänderlich würde. Die Möglichkeit zur Anfechtung eines Urteils kann aber der Prozeßpartei nicht versagt werden, wenn es, sei es auch nur infolge vorschriftswidriger Unterlassungen Nachteile für sie und ihre Rechtslage mit sich bringt. Der RevKl. bezweckt die Beseitigung der Unrichtigkeit, die durch die Unvollständigkeit der landgerichtl. Entsch. herbeigeführt wird. Die verfahrensrechtl. Mängel der zweitinstanziellen Sachbehandlung sind zwar vom RevKl. nicht gerügt. Man kann aber darüber hinweggehen. Die Beschwerde, daß durch teilweise Aufrechterhaltung des amtsgerichtl. Kostenausspruches die sachlich-rechtlichen Grundsätze des § 471, 465 StPO. verletzt sind, ist, wie schon oben ausgeführt wurde, gerechtfertigt.

Das RevGer. hat Anlaß genommen, von sich aus die im Gesetz vorgeschriebene Entsch. über die Kosten der Privatklage gegen Johann G. zu treffen. Weitere tatsächliche Erörterungen kommen nicht in Frage. Johann G. wurde im RevVerfahren beigezogen und geladen. Er wird auf keinen Fall schlechter gestellt, wenn die Sache in der RevInstanz zum Abschluß gebracht wird. Das BG. könnte, auch wenn die Zurückverweisung zur neuerlichen Verhandlung erfolgen würde, nicht anders erkennen, so daß es keinen Zweck hätte, die untere Instanz nochmals mit der Sache zu befassen.

Hiernach war der amtsgerichtl. Kostenausspruch im ganzen aufzuheben und Johann G. zur Tragung der Kosten des gegen ihn gerichteten Verfahrens sowie zur Erstattung der dem Privatkl. hierauf erwachsenen notwendigen Auslagen zu verurteilen (§§ 465, 471 StPO.). Damit ist zugleich auch ohne ausdrückliche Erwähnung die Unstimmigkeit der angefochtenen landgerichtl. Entsch. beseitigt.

Gegenüber Johann G. hatte sohin die Revision Erfolg, weshalb ihm als dem unterliegenden Teil nach §§ 471, 473 StPO. die Kosten des dritten Rechtszuges zur Last fallen. Dies gilt auch für etwaige Kosten, die in der VerInstanz im Verfahren gegen diesen Angekl. erwachsen sind.

Die RevBeschwerden in beiden Sachen hängen zusammen. Der Senat ist der Ansicht, daß die Revision im ganzen betrachtet durch unrichtige Sachbehandlung der Vorinstanz veranlaßt worden ist, weshalb es angezeigt war, die in der RevInstanz erwachsenen Gerichtskosten gemäß § 6 GKG. niederzuschlagen. Dieselbe Maßnahme war geboten, soweit in der zweiten Instanz Gerichtskosten für Johann G. angefallen sein sollten.

Der Senat verhehlt sich nicht, daß für die hier getroffene Entsch. nicht durchweg positive Prozeßvorschriften als anwendbar zur Verfügung stehen. Mit Mängeln, wie sie in diesem Verfahren hervorgetreten sind, hat die Gesetzgebung nicht gerechnet. Es entspricht aber der gegebenen Sachlage sowie dem Sinn der ProzeßO., daß der hier eingeschlagene einfachste und kürzeste Weg gewählt wird, um das Ziel einer sachlich richtigen Kostenentscheidung zu erreichen.

(BayObLG., I. StS., Urt. v. 22. Dez. 1926, RevReg. I A Nr. 164/26.)

Mitgeteilt von RA. Robert Held, Starnberg.

*

23. § 2 GebO. für Zeugen und Sachverständige. **Die Bestimmung über den Tageshöchstsatz besteht für sich und zieht lediglich eine Grenze, über die die Entschädigung an einem Tag nicht hinausgehen darf. Innerhalb dieser Grenze ist ausschließlich nach der Zahl der tatsächlich versäumten Stunden zu rechnen ohne Rücksicht darauf, welchen Bruchteil eines Tages sie darstellen. Die Bemessung der Vergütung, je nachdem die Mittagsstunde und damit die Tageshälfte überschritten wird oder nicht, ist dem Gesetze fremd und unzulässig.** (Vgl. Wegner, Deutsche GebO. für Zeugen und Sachverständige, 1926, Anm. 9, 10 und die dort angeführte Begründung der Gesetzesvorschrift).

Bis zu der in Abs. 1 des § 2 bezeichneten Höchstgrenze der Stundenvergütung ist der volle Verdienstausfall zu ersetzen (§ 2 Abs. 2 letzter Satz). Es kommt also darauf an, wie viele Stunden der Zeuge versäumt hat. Hierüber verordnet der § 6, daß die Zeit als versäumt gilt, „während welcher er — der Zeuge — seine gewöhnliche Beschäftigung nicht wieder aufnehmen kann“ (Wegner a. a. O. Anm. 1 und 2 zu § 6). Würde man den vom LG. festgesetzten Betrag von 7,50 ℳ gutheißen, so wären nur 5 Stunden mit dem Höchstsatze vergütet. Es ist jedoch anzunehmen, daß der Zeuge nach Art seiner Handelstätigkeit nicht innerhalb zeitlich festgesetzter Bürostunden arbeitet, daß sich sein Geschäftsbetrieb je nach Umständen auf die ganze Tageszeit erstreckt, in der solche Verrichtungen vorgenommen zu werden pflegen. Der Zeuge hat einen beträchtlichen Geschäftsverlust geltend gemacht, der einem Verdienstausfall gleichzustellen ist. Es liegt nicht i. S. des Ges., hierfür einen sicheren Nachweis zu fordern (vgl. Wegner a. a. O. Anm. 12, 13 zu § 3). Zieht man dies in Betracht, so kann zugunsten des Beschwerdeführers die verlorene Geschäftszeit auf 8 Stunden, d. i. von 12 Uhr mittags bis 8 Uhr abends, angenommen und für 8 Stunden je ein Betrag von 1,50 ℳ zugesprochen werden.

(BayObLG., StS., Beschl. v. 21. Jan. 1927, BeschwReg. I Nr. 823/26.)

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

1. § 4 Abs. 2 Rennwett- und Lotterie-Gesetz; §§ 762, 763, 387, 812, 814 BGB. **Gestundete Wetteinsätze sind nicht einklagbar.** †)

Der Streit der Parteien betrifft die Klagbarkeit der gestundeten Wetteinsätze, also die sog. Kredit- oder Borgwette. Die Einrichtung einer laufenden Rechnung enthält begrifflich eine Stundungsabrede. Gestundete Einsätze sind aber nach § 4 Abs. 2 Rennwett- und LotterieG. v. 8. April 1922 (RGBl. I, 393) nicht klagbar.

Das RennwettG. ist zwar ein Teil des Gesetzes über Änderungen im Finanzwesen v. 8. April 1922 — Anlage 11 zu § 2 dieses Ges. (RGBl. I, 335) —, also im wesentlichen ein Steuergesetz. Aber auch ein Steuergesetz kann privatrechtliche Vorschriften enthalten. Der Gesetzgeber hat in dem RennwettG. den Wettvertrag des Buchmachers unter besonderen und vom BGB. abweichenden Regeln gestellt.

Die Vorschriften des § 4 Abs. 2 besagt nach ihrem Wortlaut und dem logischen Zusammenhang ihrer Sätze, daß dem Buchmacher ein klagbarer Anspruch auf gestundete Einsätze versagt ist, auch wenn die Wette nach Abs. 1 in formgültiger Weise abgeschlossen worden ist. Satz 1 erklärt den formgerechten Wettvertrag nur für den Buchmacher für verbindlich. Diese Bestimmung ist nicht **nur** für die Begründung des Steueranspruchs gegen den Buchmacher (§ 11 RLG.) erheblich, sondern er enthält auch eine bürgerliche Rechtsschrift. Satz 2 spricht aus, daß der gezahlte Einsatz nicht unter Berufung auf § 762 BGB. zurückverlangt werden könne. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß der Wetteinsatz eine **Leistung** auf Grund der Wette darstellt.

Es handelt sich also um eine Bestimmung, die die Anwendung des § 762 BGB. auf den Wettvertrag der Buchmacher klarstellt. Dieser Satz nötigt zu dem Gegenschlusse: Ist der Einsatz **nicht** gezahlt, so besteht auf die Zahlung **kein** Rechtsanspruch. Diese Auffassung wird durch den dritten Satz bestärkt: Entfällt auf den gestundeten Einsatz ein Gewinn, so soll der Buchmacher befugt sein, den Einsatz vom Gewinn abzuziehen. Diese Vorschrift wäre unverständlich, wenn der Buchmacher einen Anspruch auf Zahlung der gestundeten Wette haben würde; denn also könnte er, ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedurft hätte, mit seiner Forderung auf Zahlung des Einsatzes gegen die Forderung des Wettenden auf Auszahlung des Gewinnes aufrechnen (§ 387 BGB.). Die Auffassung, daß Abs. 2 die Borgwette klaglos lassen will, wird durch dessen vierten Satz nicht entkräftet. Er besagt, nachdem in Satz 1—3 die besonderen, auf dem Wettvertrage ruhenden Rechtsbeziehungen zwischen Wettenden und Buchmacher geregelt sind: **Im übrigen** — also soweit jene besonderen Rechtsbeziehungen nicht in Frage stehen — bleiben die Vorschriften des BGB. unberührt. Hierbei ist z. B. an die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit oder über unerlaubte Handlungen zu denken. Dagegen ist § 763 BGB. oder der ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke nicht anwendbar; diese Vorschrift regelt die Verbindlichkeit eines staatlich genehmigten Lotterie- oder Ausspielvertrages. Nachdem durch die besonderen Vorschriften des Rennwett- und LotterieG. v. 8. April 1922 für das Gebiet der Rennwettverträge die Verbindlichkeiten besonders geregelt sind, ist für die Anwendung des § 763 BGB. kein Raum. Zwar hat das RG. (RG. 93, 348)[1]) angenommen, daß der Rechtsgedanke des § 763 BGB. bei Geschäftsbesorgungsverträgen zur Vornahme einer Wette i. S. des Gesetzes betreffend die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen v. 4. Juli 1905 (RGBl. 595) mit Rücksicht darauf zugunsten des Wetters angewendet werden müsse, daß die Wettunternehmen behördlich erlaubt seien. — Nachdem das Ges. v. 8. April 1922 die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Rennwettverträge besonders geregelt hat, ist für den Analogieschluß zugunsten des Wettunternehmers kein Raum mehr geblieben.

Die Auslegung des § 4 Abs. 2 wird gestützt durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die amtliche Begründung führt zu § 4 folgendes aus (Verhandl. des RT., I. Wahlperiode 1920, Bd. 369 Drucks. Nr. 2870 S. 10 ff.):

„Nach § 762 begründen Spiel und Wette keine Verbindlichkeit. Der Entwurf weicht in dieser Beziehung hinsichtlich der versteuerten Wetten und solcher Wetten, deren Versteuerung durch Eintragung in das Wettbuch sichergestellt ist, ab. Dadurch, daß diese Wetten für ... den Buchmacher verbindlich sind, soll für die Wettenden ein Anreiz geboten werden, nur versteuerte Wetten abzuschließen ... Die Wetten auch für die Wettenden in jedem Falle verbindlich zu machen, erschien bedenklich. **Den Wettenden soll nicht die Möglichkeit geboten werden, Wetten in einem Maße abzuschließen, das über ihre Verhältnisse geht.** Dadurch, daß lediglich bestimmt ist, daß die gezahlten Einsätze nicht zurückverlangt werden können, wird erreicht, daß der Buchmacher, soweit er nicht die **Gefahr der Nichtzahlung tragen will, nur Wetten gegen bare Zahlung des Betrages abschließen wird.**

Im übrigen sollen die Vorschriften des BGB. unberührt bleiben. Nach dem BGB. ist die Wette ein gegenseitiger Vertrag, der jedoch eine geminderte Wirksamkeit hat. Alle Vorschriften, die die Unwirksamkeit eines gegenseitigen Vertrages betreffen (Einfluß arglistiger Täuschung, Minderjährigkeit) bleiben anwendbar. **Selbverständlich ist, daß der Buchmacher, der den Einsatz gestundet hat, kein Klagerecht gegen den Wettenden hat.**“

Die Auffassung, daß die Borgwette nicht klagbar ist, ist im Schrifttum nicht angezweifelt worden.

Mirre (Rennwettgesetz 1922) gibt im wesentlichen nur die Entstehungsgeschichte wieder; der RGRKomm. zum BGB. (5. Aufl. 1923 § 736 A 1) und der von Sörgel (3. Aufl. § 763 Anm. 1) beschränken sich auf die Wiedergabe der Bestimmungen des § 4, Simeon-David (Lehrbücher BGB. 12. und 13. Aufl. 1923) hebt ausdrücklich hervor, daß der nicht gezahlte Einsatz nicht eingeklagt werden kann.

Zu 1. Die beiden Urt. klären den Rechtszustand bei der sog. Borgwette. Der Begründung ist m. E. nichts hinzuzufügen. Der Zusammenhalt der Gesetzesbestimmungen ergibt zwingend, daß kreditierte Wetteinsätze nicht eingeklagt werden können (vgl. auch Warneyer, Komm. z. BGB. zu § 762 I zu Anm. 4).

Prof. Dr. H. Hoeniger, Freiburg i. Br.

---

[1]) JW. 1919, 41.

Der Anspruch des Kl. kann auch nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt werden. Der Anspruch scheitert an § 814 BGB. Dem Kl. war, wie ohne weiteres anzunehmen ist, jeweilig bei der Auszahlung der Gewinne das Recht zum Abzuge des Einsatzes und der Stand des Kontos der Bekl. bekannt.

Auch aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung ist der geltend gemachte Anspruch unbegründet. Die Vorschriften für Spiel und Wette schließen für das Gebiet des Spiels eine Haftung aus unerlaubter Handlung, z. B. wegen Betruges, nicht aus (RG. 70, 5 [2]); RG. WarnRspr. 1914 Nr. 74). Jedoch reicht das Vorbringen des Kl. zur Rechtfertigung einer unerlaubten Handlung nicht aus.

(KG., 11. ZS., Urt. v. 7. Mai 1926, 11 U 2315/26.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Karl Reinshagen, Berlin.

*

2. § 807 ZPO. **Der Gläubiger braucht nicht die Uneinbringlichkeit der von ihm gepfändeten Forderungen des Schuldners darzutun, damit die Voraussetzungen des § 807 ZPO. als gegeben angesehen werden können.**

Nach der bereits in einem früheren Beschlusse (KGBl. 1914, 44) ausgesprochenen Ansicht des Senats hat der Gläubiger, der von seinem Schuldner nach § 807 ZPO. die Leistung des Offenbarungseides verlangt, nur darzutun, daß eine Pfändung von beweglichen körperlichen Sachen des Schuldners zu seiner Befriedigung nicht geführt habe. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Gläubiger einen Pfändungsbeschluß über angebliche Bankguthaben der Schuldner erwirkt hatte, denn es handelte sich bei der Pfändung nur um „angebliche" Forderungen der Schuldner, die tatsächlich, wie sich aus den vom Gläubiger nachträglich vorgelegten Mitteilungen der Drittschuldner ergibt, z. Z. der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an diese auch nicht mehr bestanden haben. Ebensowenig vermag der inzwischen eingetretene Ablauf der Vollziehungsfrist zur Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses zu führen. Zur Zeit seiner Erlassung, in dem Termine zur Eidesleistung, war die Frist zur Vollziehung des Arrestbefehls noch nicht abgelaufen. Auch die durch die Anordnung der Haft erstrebte Eidesleistung hätte innerhalb der Frist erfolgen können, so daß es im vorliegenden Falle keines Eingehens auf die Frage bedarf, ob überhaupt die Eidesleistung und nicht nur die Ladung innerhalb der Frist zu erfolgen hat. Der inzwischen eingetretene Ablauf der Vollziehungsfrist gibt den Schuldnern nicht das Recht, im Wege der Beschwerde die Aufhebung der Haftanordnung zu verlangen, sondern begründet, wenn der Gläubiger nach Fristablauf Vollstreckungsmaßregeln verlangt, lediglich den Rechtsbehelf der Erinnerung nach § 766 ZPO.

(KG., 11. ZS., Beschl. v. 27. Mai 1927, 11 W 4084/27.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Dienemann, Kottbus.

*

3. §§ 717, 890 ZPO. **1. Ist durch eine einstweilige Verfügung des AG. die Duldung einer Handlung bei Strafandrohung angeordnet, dann durch Urteil die einstweilige Verfügung aufgehoben und hiergegen Berufung eingelegt, dann ist es unzulässig, eine Strafverfügung wegen Zuwiderhandlungen zu erlassen, die nach Verkündung des AG.Urteils und vor Erlaß des die einstweilige Verfügung aufrechterhaltenden LG.Urteils vorgenommen worden sind.**

2. Die Strafverfügung darf selbst dann nicht erlassen werden, wenn das LG. die Zwangsvollstreckung aus dem AGUrteil, durch das die einstw. Verf. aufgehoben ist, z. Z. der Zuwiderhandlung einstweilen eingestellt hatte.

3. Eine Straffestsetzung nach § 890 ZPO. hat ein Verschulden des Schuldners zur Voraussetzung.

(KG., 17. ZS., Beschl. v. 11. Juni 1927, 17 W 4407/27.)

*

4. § 762 BGB. **Die sog. Rennwetten mit dem Unternehmer des Totalisators oder dem konzessionierten Buchmacher sind Spielverträge, die nach § 762 BGB. unverbindlich sind, soweit nicht das Rennwett- und LotterieG. vom 8. April 1922 Ausnahmen bestimmt. Kreditierte Wetteinsätze können danach nicht eingeklagt werden.**

Die Rennwette ist ein Spielvertrag, der von § 762 BGB. getroffen wird. Es geht nicht an, sie als einen Lotterie- oder Ausspielvertrag i. S. des § 763 BGB. zu behandeln. § 4 des Rennwett- und Lotteriegesetz. v. 8. April 1922 steht dem entgegen. In dieser Bestimmung wird angeordnet, daß der Unternehmer des Totalisators und der Buchmacher Wettscheine auszustellen oder die Wetten in ein Wettbuch einzutragen haben, und sodann vorgeschrieben:

„Ist der Wettschein ausgehändigt oder die Wette in das Wettbuch eingetragen, so ist die Wette für den Unternehmer des Totalisators und den Buchmacher verbindlich. Ein von dem Wettenden gezahlter Einsatz kann nicht unter Berufung auf § 762 BGB. zurückverlangt werden. Soweit der Einsatz nicht gezahlt ist, kann er von dem Gewinn abgezogen werden. Im übrigen bleiben die Vorschriften des BGB. unberührt."

Hieraus ergibt sich, daß das Gesetz die im Schrifttume streitige Frage, ob der mit einem staatlich konzessionierten Wettunternehmer geschlossene Vertrag unter § 763 BGB. fällt, im verneinenden Sinne beantwortet, indem es von der Anwendbarkeit des § 762 BGB. ausgeht, die Berufung auf diese Bestimmung aber dem Wettunternehmer, der den Wettschein ausgehändigt oder die Wette in das Wettbuch eingetragen hat, überhaupt, dem Wettenden dagegen nur insoweit verweigert, als er den von ihm gezahlten Einsatz zurückverlangt oder der Anrechnung des kreditierten Einsatzes auf den gemachten Gewinn widerspricht. Die Begründung zu dem Entwurf des Gesetzes (Verhandlungen des Reichstags I Wahlperiode 1920 Bd. 369 Drucks. Nr. 2870) bestätigt diese Auslegung. Denn in der Begründung zu § 4 heißt es:

„... nach § 762 BGB. begründen Spiel und Wette keine Verbindlichkeit. Der Entwurf weicht in dieser Beziehung hinsichtlich der versteuerten Wetten und solcher Wetten, deren Versteuerung durch Eintragen in das Wettbuch sichergestellt ist, ab. Dadurch, daß diese Wetten für den Unternehmer des Totalisators und den Buchmacher verbindlich sind, soll für die Wettenden ein Anreiz geboten werden, nur versteuerte Wetten abzuschließen und die Winkelbuchmacher zu meiden. D i e W e t t e n a u c h f ü r d i e W e t t e n d e n i n j e d e m F a l l e v e r b i n d l i c h z u m a c h e n, e r s c h i e n b e d e n k l i c h. Den Wettenden soll nicht die Möglichkeit geboten werden, Wetten in einem Maße abzuschließen, das über ihre Verhältnisse geht. Dadurch, daß lediglich bestimmt ist, daß die gezahlten Einsätze nicht zurückverlangt werden können, wird erreicht, daß der Buchmacher, soweit er nicht die Gefahr der Nichtzahlung der Wette tragen will, nur Wetten gegen bare Einzahlung des Betrages abschließen wird. Im übrigen sollen die Vorschriften des BGB. unberührt bleiben. Nach dem bürgerlichen Recht ist die Wette ein gegenseitiger Vertrag, der jedoch eine geminderte Wirksamkeit hat ... S e l b s t v e r s t ä n d l i c h i s t, d a ß d e r B u c h m a c h e r, d e r d e n E i n s a t z g e s t u n d e t h a t, k e i n K l a g r e c h t g e g e n d e n W e t t e n d e n h a t."

(KG., 18. ZS., Urt. v. 27. Okt. 1926, 18 U 6632/26.)

Mitgeteilt von KGR. Voigt, Berlin.

*

Dresden.

5. § 3 UnlWG. **Bei einer Ortszeitung, deren Verbreitung regelmäßig durch entgeltliche Lieferung an feste Bezieher erfolgt, liegt in der Angabe der Auflagenzahl die Behauptung, daß in der angegebenen Höhe feste Abonnenten vorhanden sind, trifft dies nicht zu, so ist ein Verstoß gegen § 3 UnlWG. anzunehmen.** †)

Der Kl. gibt seit vielen Jahren das Tageblatt „A. Wochenblatt", der Bekl. seit Jan. 1927 den wöchentlich einmal erscheinenden „E. Hauptanzeiger" heraus. In dem letzteren befindet sich von der ersten Nummer an auf der ersten Seite links am Kopfe der Vermerk „Garantierte Auflage 9000". Der Kl. behauptet: Dieser Vermerk sei unwahr und vom Bekl. in Kenntnis der Unwahrheit zu dem Zwecke angebracht, die Leser irrezuführen. Der Durchschnittsleser verstehe unter der Bezeichnung „Auflage 9000" die Zahl der Stücke, die von Abonnenten gegen Bezahlung bezogen würden. Tatsächlich werde aber der größte Teil der Nummern unentgeltlich an Personen verteilt, die die Zeitung gar nicht bestellt hätten. Die falsche Angabe sei geeignet, solche Leser zu bestimmen, die Zeitung fest zu bestellen und in ihr Ankündigungen und Anzeigen erscheinen zu lassen.

Dem LG. ist darin beizutreten, daß der Ausdruck „Auflage" grundsätzlich die Zahl der Druckstücke bedeutet, in der eine Druckschrift zum Vertriebe fertiggestellt wird. Bei Büchern wird auch kein Leser etwas anderes unter der Auflagenziffer verstehen. Auch bei Fachzeitschriften von der Art des „Maschinenmarkts" und der „Papierwelt" wird ein Mißverständnis kaum vorkommen. Solche

---

[2]) JW. 1908, 677.

Zu 5. Was unter dem Begriff der „garantierten Auflage" einer Zeitung bzw. Zeitschrift zu verstehen ist, war von jeher eine im Zeitungsgewerbe strittige Frage. Das Urt. sieht mit Recht davon ab, den Versuch zu machen, diesen Begriff in starrer, für alle Zeitungen und Zeitschriften in gleicher Weise gültiger Form festzulegen. Als Auflage soll die Zahl von Stücken angesehen werden dürfen, die in der bei der *betreffenden* Zeitung bzw. Zeitschrift *üblichen* Weise *regelmäßig* verbreitet werden. Entscheidend ist also die bei dem *einzelnen* Blatt übliche Verbreitungsweise. Bei einer reinen Abonnentenzeitung darf als garantierte Auflage nur die Zahl der Abonnenten angegeben werden, bei einer gleichzeitig im Straßenhandel verbreiteten Zeitung auch die Stücke, welche dem durchschnittlichen, entgeltlichen Absatz entsprechen, wobei die regelmäßig unverkauft

Fachzeitschriften werden, wie den in Betracht kommenden Lesern bekannt ist, sehr oft unentgeltlich an die Gewerbetreibenden des Fachs- oder Geschäftszweiges, worüber sie berichten, zugesandt; zur Deckung der Unkosten und zur Erzielung eines angemessenen Gewinnes dient die Vergütung für die darin veröffentlichten Geschäftsankündigungen.

Auch bei den großen Tageszeitungen und den verschiedenen Illustrierten Wochenschriften wird der Durchschnittsleser der Angabe der Auflagenziffer nicht gerade die Bedeutung beilegen, daß sämtliche Stücke regelmäßig abgesetzt würden. Diese Zeitschriften werden, wie fast jedem Leser bekannt ist, nur zu einem Teile an feste Bezieher verschickt; daneben erfolgt ihre Verbreitung in sehr wesentlichem Umfange durch den Verkauf an Zeitungsständen und im Bahnhofs- und Straßenhandel. Bei solchen Zeitungen rechnet das Publikum damit als mit etwas Selbstverständlichem, daß ein nicht unerheblicher Teil der Nummern unverkauft bleibt, und daß der Verleger gar nicht imstande ist, die Zahl der Stücke, die wirklich gegen Entgelt vertrieben werden, jeweils genau vorher anzugeben. Immerhin würde auch hier jede Angabe zu beanstanden sein, welche den durchschnittlichen entgeltlichen Absatz wesentlich überstiege. Bei einer Zeitung von der Art der des Bekl. aber liegen die Verhältnisse noch wesentlich anders. Die Verbreitung solcher Zeitungen erfolgt in der Regel nur in der Weise, daß die Zeitung gegen Entgelt an feste Bezieher geliefert wird; eine Verteilung von Stücken ohne Vergütung pflegt daneben, wenn überhaupt, nur in ganz geringem Umfange zu geschehen. Die Abgabe im Bahnhofs- und Straßenhandel ist überhaupt nicht oder nur in geringem Umfange üblich. Deshalb wird hier ein sehr beachtlicher und wohl sogar der größte Teil der Durchschnittsleser, die sich aus der Bevölkerung von A. und Umgebung zusammensetzen und den ihnen bekannten Vertrieb der Ortszeitungen durch Lieferung an feste Bezieher auch bei der Zeitung des Bekl. als selbstverständlich voraussetzen, die Angabe der Auflagezahl dahin verstehen, daß die Zahl der Stücke gemeint sei, die gegen die übliche Vergütung an feste Bezieher abgegeben werden, mindestens aber, daß die Zahl der ständigen Leser annähernd so groß ist (vgl. auch Rosenthal, UnlWG. 6. Aufl., Noten 23, 31, 91 zu § 3). In der mit der Klage angegriffenen Fassung ist die Behauptung des Bekl. somit unwahr; denn nach der eigenen Darstellung des Bekl. werden nur etwa 1500 Stück, also höchstens etwa der sechste Teil der Auflage (!), gegen Entgelt an feste Bezieher geliefert. Um sie als wahr erscheinen zu lassen, müßte der Bekl. eine Fassung wählen, die beim Durchschnittsleser jeden Irrtum ausschließt. Hierzu würde übrigens auch die neugewählte Gestaltung: „Gesamtauflage der Probe- und Abonnenten-Exemplare zirka 9000“ nicht genügen. Auch aus einem solchen Vermerk würde bei der dargelegten Verbreitungsart ein beachtlicher Teil der Leser folgern, daß von diesen 9000 Stück der weitaus größte Teil an feste Bezieher gegen Vergütung abgegeben werde. Die Behauptung ist zu Wettbewerbszwecken aufgestellt; der Bekl. will durch sie seinen Leserkreis erweitern und Geschäftsankündigungen für seine Zeitung werben. Sie ist auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Von den Nummern, die unbestellt und unentgeltlich verteilt werden, bleibt erfahrungsgemäß ein erheblicher Teil ganz unbeachtet, während die bezahlten Stücke von den hier in Betracht kommenden Lesern, die nur eine Ortszeitung zu halten pflegen, eingehend durchgelesen werden. Die Leser, die unter „Auflage 9000“ die ungefähre Zahl der Abonnenten verstehen, nehmen an, daß die Zeitung bereits sehr gut eingeführt sei und Ankündigungen in ihr ganz besonders wirksam seien. Der Unterlassungsanspruch des Kl. ist somit aus § 3 UnlWG. gerechtfertigt.

(OLG. Dresden, Urt. v. 12. Mai 1927, 4 O 110/27.)

*

---

zurückgehende Anzahl von Stücken abzurechnen ist. Umgekehrt kann nach der Entsch. bei einer Zeitung oder Zeitschrift auch die Zahl der unentgeltlich verteilten Stücke in die „garantierte Auflage“ mit einbezogen werden, wenn, wie dies z. B. bei reinen Anzeigenblättern und gewissen Fachzeitschriften vorkommt, unentgeltliche Versendung zur üblichen Verbreitungsweise gehört. Man kann dieser Entsch., die dem Geist des Wettbewerbrechts entspricht, ohne den Bedürfnissen des Zeitungswesens Abbruch zu tun, nur zustimmen. Sie entspricht übrigens, soweit es sich um entgeltlich verbreitete Zeitungen handelt, auch der einzigen positiven gesetzlichen Vorschrift, die zur Zeit über den Begriff der Auflage existiert, nämlich dem im nordamerikanischen Staate Kansas geltenden Ges. v. 29. Mai 1909 (Laws 1909 Ch. 124 §§ 1—5). Dieses Ges., das zum Zweck der Reinhaltung des Anzeigengeschäfts irreführende Angaben über die Höhe einer Zeitungsauflage besonders unter Strafe stellt, begrenzt den Begriff der Zeitungsauflage dahin, daß sie die zum regelmäßigen Preis verbreiteten Stücke abzüglich der von den Zeitungshändlern und Kommissionären zurückgelieferten Exemplare umfasse.

Ministerialrat Dr. Häntzschel, Berlin.

Hamburg.

6. §§ 922, 924, 103 ZPO. Die in einem Arrestbefehl dem Schuldner auferlegten Kosten sind nicht festzusetzen, wenn gegen den Arrestbefehl Widerspruch erhoben ist.

§ 924, der ausdrücklich bestimmt, daß durch den Widerspruch die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt werde, kann aber nur auf den Arrest selbst, d. h. auf die angeordnete Sicherung der Gläubiger, nicht aber auf eine in dem Beschlusse daneben enthaltene Entsch. über die Kosten bezogen werden.

(OLG. Hamburg, 2. ZS., Beschl. v. 7. April 1927, Bs Z II 77/27.)

Mitgeteilt von RA. M. Flörsheim, Hamburg.

---

b) Strafsachen.

I. Materielles Recht.

Berlin.

7. §§ 27c, 360 Ziff. 11 StGB. Bei der Strafzumessung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.

(KG., 2. StS., Urt. v. 25. Mai 1927, 2 S 246/27.)

*

8. § 266 Ziff. 2 StGB. Untreue bei Verpfändung von Kuxen des neueren preußischen Rechts durch Übergabe der Kuxscheine ohne die nach § 108 ABG. erforderliche Schriftform.

Zur Aussetzung der Verhandlung und zur Einholung einer Auskunft des Grundbuchamts von Amts wegen über die Frage, ob die Gewerkschaften überhaupt bestehen, d. h. ob mehrere Personen Miteigentümer verliehener Bergwerke des Namens sind (§§ 22 f., 94 ABG.), war das LG. nicht verpflichtet, weil für das Gericht nicht nur keine offenbare Unsicherheit über das Bestehen der Gewerkschaften herrschte, sondern der in der Verhandlung vorgebrachte Beweisstoff nach der Überzeugung des Gerichts zur genügenden Aufklärung darüber geführt hatte. Das Vorbringen des Angekl. hierzu läuft letzten Endes auf nichts weiter als auf eine in diesem Rechtszuge unstatthafte Kritik der freien richterlichen Beweiswürdigung hinaus und ist um so ungerechtfertigter, als zwar gewiß ist, daß nach außen hin und Dritten gegenüber die Gewerkschaft so lange vorhanden ist, wie sie als Eigentümerin des Bergwerks im Grundbuche vermerkt ist, aber aus der Nichteintragung im Grundbuche noch nicht mit Sicherheit auf deren Nichtbestehen geschlossen werden darf, weil die Tatsache allein, daß mehrere Personen Miteigentümer eines verliehenen Bergwerks werden, eine Gewerkschaft ins Leben treten läßt (Arndt, 9. Aufl. Vorb. vor § 94 ABG.; Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens, 1917, 238, §§ 50 I und 94 I ABG. und Art. 23 AGzGBO. [RGZ. 23, 203; 86, 341 [1]]).

Im übrigen sind die Tatbestandsmerkmale der Bevollmächtigtenuntreue ausreichend festgestellt. Insbes. macht der Beschwerdeführer zu Unrecht geltend, schon nach den den äußeren Tatbestand der Untreue betr. Feststellungen des LG. selbst liege eine Verfügung über ein Vermögensstück des Auftraggebers H., d. h. über ein als solches in seinem Aktivvermögen bereits vorhandenes und z. Z. der Verfügung dessen Bestandteil bildendes Einzelobjekt, wie sie der Tatbestand des § 266 Ziff. 2 StGB. verlangt, nicht vor. Die streitigen Kuxscheine waren nach dem vom LG. für erwiesen erachteten Sachverhalt vor der am 18. Juni 1925 bewirkten Übergabe an den Angekl. rechtlich unzweifelhaft Vermögensstücke des H.; denn nach der Feststellung des LG. hatte H. die nach § 105 I ABG. zur Übertragung der Kuxe allein erforderlichen schriftlichen Abtretungserklärungen seiner Rechtsvorgänger und die zwar nicht zur Gültigkeit des Eigentumsüberganges, wohl aber gem. §§ 105 III, 106 ABG. zur Geltendmachung seiner Rechte der Gewerkschaft gegenüber notwendigen Kuxscheine, deren Übergabe der neue Gewerke auf Grund der §§ 105 II ABG. und 402 BGB. fordern kann, tatsächlich in seinen Händen. Hiervon ausgehend muß man die dem Angekl. mit dem in der Urkunde v. 18. Juni 1925 niedergelegten Auftrage übergebenen Kuxscheine trotz der Tatsache, daß der Auftraggeber die in seinen Händen befindlichen Abtretungserklärungen zurückbehielt, zu den Vermögensstücken des H. rechnen (LeipzKomm. 3. Aufl. Anm. 16 zu § 266 StGB.). Kuxscheine des neueren preuß. Rechts sind nach der herrschenden Lehre (vgl. Arndt a. a. O. Anm. 2 zu § 103, Isay, ABG., Anm. 10 zu § 103 Bd. 1, 520; Müller-Erzbach a. a. O. S. 270) und nach fester Rechtsprechung des RG. (RG. 54, 351; RGSt. 46, 147) unbedenklich den Wertpapieren zuzählen. Wenn danach ein solcher Kuxschein auch nicht Träger des Kuxrechtes ist, sondern nur einen Nachweis hierfür darstellt, so hat er doch schon wegen dieser letzten Eigenschaft einen selbständigen Vermögenswert und ist an ihm selbständiger Besitz und Gewahrsam möglich. Kann darum die Übergabe des Kuxscheines für sich allein auch nicht die Folge haben, daß der Kux auf den Inhaber des Scheines übergeht oder daß ein Pfandrecht am Kuxe entsteht, so kann doch über den Kuxschein als vermögenswerte, besitzfähige be-

---

[1]) JW. 1915, 527.

wegliche Sache verfügt und demgemäß auch rechtswidrig verfügt werden. Im Sinne von § 266 Nr. 2 StGB. kann hier ein Rechtsakt, der eine Güterverschiebung unmittelbar hervorruft, nicht gefordert werden. Es genügt vielmehr insoweit, als der Kurschein zunächst als Sache in Frage kommt, jede Maßregel, die in irgendeiner Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Eigentümers zu der Sache herbeiführt. Eine rechtswidrige Verfügung i. S. des § 266 Nr. 2 liegt daher vor, wenn, wie die StK. hier rechtlich einwandfrei festgestellt hat, der Bevollmächtigte durch Weitergabe der Kurscheine an einen Dritten unter Mißbrauch des Vollmachtsverhältnisses und absichtlich zum Nachteil des Vollmachtgebers verfährt. Die Anwendung des § 266 Nr. 2 steht deswegen nicht entgegen, daß bei solcher Sachlage der Dritte das erstrebte Eigentum oder Pfandrecht etwa aus dem Grunde nicht erwirbt, weil dem Erwerbe des Rechts in dem Mangel der schriftl. Form (§ 105 ABG.) oder eines schriftl. Vertrages (§ 108 ABG.) ein Hindernis im Wege steht; denn jedenfalls tritt doch eine Veränderung der Besitzverhältnisse ein (RGSt. 46, 149). Rechtlich einwandfrei ist auch die Annahme des LG., daß der dem Dritten vom Angekl. eingeräumte Besitz der Kurscheine, der im Rechtsverkehr die wesentlichste Rolle spielt (vgl. §§ 103, 105, 108 ABG.; §§ 808, 821 ZPO.; früher § 109 ABG.), dem neuen Besitzer ein den H. schädigendes Zurückbehaltungsrecht gab, daß also auch eine ihn benachteiligende Verfügung i. S. des § 266 Nr. 2 vorlag. Für den hiesigen Fall, daß eine Pfandbestellung mit dinglicher Wirkung nicht bewirkt werden konnte, weil die Kurscheine zwar übergeben wurden, die nach § 108 ABG. erforderliche schriftliche Verpfändungserklärung aber fehlte, unterliegt die Auffassung, daß — von § 369 HGB. abzusehen — der Angekl. dem Dritten vertraglich ein bloßes Zurückbehaltungsrecht mit der nur obligatorischen Wirkung, daß dem Dritten die Kurscheine zu belassen waren, bis die Forderung gegen den Angekl. bezahlt sein würde, daß der Dritte die Scheine erst zurückzugeben hatte, wenn er wegen der ihm gegen den Angekl. zustehenden Forderung befriedigt war, als Sicherung eingeräumt hat, keinem rechtlichen Bedenken (vgl. RG. 51, 87; 66, 27; 68, 389 [2]); 107, 335).

Auch eine der Schriftform ermangelnde und daher nach §§ 125 BGB. und 108 AG. nichtige sog. Verpfändung des Kuxes läßt sich als Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts am Kurschein nach § 140 BGB. aufrechterhalten (Isay a. a. O. Anm. 10 zu § 103 S. 520 und Anm. 24 zu § 108 S. 561). Der vom Angekl. gezogene Vergleich mit der Begebung eines Schecks ohne Guthaben oder mit überzogenem Guthaben (vgl. RG. = JW. 1925, 146 [7]) trifft nicht zu; denn dort ist Untreue aus dem Grunde verneint worden, weil in der bloßen Begründung einer Verbindlichkeit, also in der bloßen Belastung des Vermögens im allgemeinen, noch keine Verfügung über ein Vermögensstück zu finden ist. Um einen solchen oder ähnlichen Fall handelt es sich hier aber nicht, wo der Angekl. unter Verletzung der ihm als Bevollmächtigten als solchen obliegenden Pflichten mit dem vom LG. angenommenen Bewußtsein, daß die Handlung seinem Vollmachtgeber nachteilig sei, über die Vermögensstücke des H. z. Z. der Tat bereits bildenden Kurscheine zu dessen Nachteil verfügt hat.

(KG., 2. StS., Urt. v. 9. Okt. 1926, 2 S 524/26.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

9. § 351 StGB. Begriff des Registers. †)

(KG., 2. StS., Urt. v. 20. Nov. 1926, 2 S 591/26.)

Urt. abgedr. JW. 1927, 926 [10].

*

10. § 360 Ziff. 11 StGB. Der grobe Unfug ist Vorsatzdelikt. Der Vorsatz des Täters muß den Erfolg mit umfassen. (A. M. RGSt. 16, 100.)

Wenn der Vorderrichter die Feststellung, daß die Angekl. bei gehöriger Überlegung hätten erkennen müssen, daß ihre Tat geeignet war, die Gesellschaftsordnung in erheblichem Maße zu stören, für ausreichend hält, um darauf die Verurteilung der Angekl. wegen groben Unfugs zu stützen, so folgt er der vom LpzKomm. in Anm. 21 zu § 360 Ziff. 11 StGB. mitgeteilten Rspr., insbes. der des RG. (vgl. RGSt. 16, 100). Dieses vertritt den Standpunkt, der grobe Unfug sei zwar ein vorsätzliches Delikt, der Vorsatz brauche sich aber nur auf die Handlung des Täters zu beziehen, nicht jedoch den Erfolg der Handlung zu umfassen. Dieser Ansicht vermag der Sen. nicht beizutreten, da sie nach zwei Richtungen unzutreffend erscheint. Solche vorsätzlichen Handlungen, bei denen ein Teil der Tatbestandsmerkmale vorsätzlich, ein anderer Teil fahrlässig herbeigeführt werden kann, kennt das StGB. nicht. Daher hätte es im Ges. zum Ausdruck gebracht werden müssen, wenn für den Tatbestand des groben Unfugs eine solche Mischung von Vorsatz und Fahrlässigkeit genügen und gleichwohl der grobe Unfug seinen Charakter einer vorsätzlichen Handlung nicht einbüßen sollte. Denn der Regel nach wird eine strafbare Handlung, wenn auch nur ein Teil der Erfüllung des Tatbestandes auf Fahrlässigkeit beruht, dadurch zum Fahrlässigkeitsdelikt gestempelt. Auch der Kraftwagenführer, der unter Nichtbeachtung der polizeilichen Vorschriften durch die Straße fährt und dabei jemanden verletzt, führt die Handlung, die den rechtswidrigen Erfolg verursacht, vorsätzlich aus; nur deshalb, weil er diesen Erfolg nicht gewollt hat, aber hätte voraussehen müssen, wird seine Tat als nur fahrlässig angesehen. Und so ist es bei allen Fahrlässigkeitshandlungen; bei allen wird das Verschulden des Täters darin erblickt, daß er eine vorsätzlich begangene Handlung nicht unterlassen hat, obwohl er bei gehöriger Überlegung hätte erkennen müssen, daß sie den eingetretenen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen konnte. Sodann steht die oben bezeichnete Ansicht auch im Widerspruch zu der herrschenden, insbes. auch vom RG. vertretenen Auffassung, daß der Tatbestand des groben Unfugs nicht voraussetzt, daß die Tat zu einer Störung der öffentlichen Ordnung geführt hat, er vielmehr schon dann gegeben erscheint, wenn die Tat geeignet war, eine solche Störung hervorzurufen (LpzKomm. Anm. 18 zu § 360 Ziff. 11 StGB.). Hiernach ist der grobe Unfug gar kein Erfolgsdelikt, und daher läuft die Ansicht, der Vorsatz des Täters brauche den Erfolg der Tat nicht zu umfassen, in Wirklichkeit auf die Meinung hinaus, der Täter brauche sich über eine Eigenschaft seiner Handlung nicht im klaren zu sein, wenn er sie nur bei gehöriger Überlegung hätte erkennen müssen, eine Meinung, die ebensowenig geeignet ist, die Vorstellung aufrecht zu erhalten, daß bei einem solchen Sachverhalt noch eine vorsätzliche strafbare Handlung vorliegt. Hiernach kann man sich der vom LpzKomm. wiedergegebenen Auffassung des RG. nur anschließen, wenn man den groben Unfug als Fahrlässigkeitsdelikt ansehen will. Das zu tun lehnt der Sen. ab.

(KG., 2. StS., Urt. v. 2./9. Juli 1927, 2 S 317/27.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

11. § 367 Ziff. 3 StGB.; § 1 ArzneimittelVO. vom 22. Okt. 1901/27. März 1925 (RGBl. S. 380/140) und Ziff. 9 des Verzeichnisses A dazu. Künstliche Mineralquellsalze sind Zusammensetzungen verschiedener chemischer Stoffe, durch die der Salzgehalt einer natürlichen Mineralquelle dargestellt wird. Ziff. 9 des Verzeichnisses A gibt daher nicht solche Tabletten frei, zu deren Herstellung nur ein einziges Salz verwendet ist (Tabletten eines biochemischen Vereins). Feststellungen des Tatrichters für die Auslegung von Rechtsbegriffen binden das RevGer. nicht. †)

Jene Begriffsbestimmung könnte nicht aufrechterhalten werden, wenn die Feststellung des AG., daß die Emser Pastillen nur ein Salz (Kochsalz) enthielten, richtig wäre. Diese Feststellung ist für das RevGer. nicht bindend. Nur diejenigen Feststellungen des Tatrichters, auf die das Strafgesetz anzuwenden ist, sind für das RevGer. bindend, nicht aber solche, die der Tatrichter getroffen hat, um darauf-

---

[2]) JW. 1908, 44.

Zu 9. A. Anm. Prof. Merkel, abgedr. JW. 1927, 926.

B. Die Besprechung von Merkel (JW. 1927, 926 [10]) über den Begriff des Registers i. S. des § 351 StGB. bedarf weniger wegen ihrer Form als aus dem Grunde einer Entgegnung, weil sie von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht und neben der Sache liegt. Wie Inhalt und Überschrift der Mitteilung Nr. 10 ergeben, bringt sie lediglich einen Ausschnitt aus einem Urt. Von den umfangreichen Gründen des die Rev. des u. a. aus §§ 348 II, 349, 350, 351, 354, 73 StGB. verurteilten Angekl. zurückweisenden Urt. des KG. war nur der kleine Teil von juristischem Interesse und daher zur Veröffentlichung bestimmt, der den Begriff des Registers festlegte und sich gegen die — ja auch von der Besprechung mißbilligte — Ansicht des LG. wandte, daß die lose zusammengelegten Empfangsbescheinigungen ein Register bildeten. Insoweit erschien unter Zugrundelegung der vom LG. für erwiesen erachteten — und für das RevG. bindenden — Tatsachen die Anwendung des § 351 StGB. als ungerechtfertigt. Zu eine nähere Untersuchung darüber, ob sonstige — vom LG. nicht festgestellte — Tatsachen vorlagen, die — aus anderen Gründen — die Anwendung des § 351 rechtfertigten, konnte das KG. als RevG. nicht eintreten. Es hatte auch keinerlei Anlaß zur Aufhebung, weil keine Feststellungen des Tatrichters vorlagen, die auf die Anwendung eines anderen Teils des Tatbestandes des § 351 hingewiesen hätten. Das KG. hat vielmehr, da nach der Sach- und Rechtslage es ausgeschlossen erschien, daß die unrichtige Anwendung des § 351 durch das LG. auf die Strafhöhe von Einfluß gewesen wäre, die Rev. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Verurteilung aus § 351 in Wegfall kam. Damit wird auch der zweite Teil der Besprechung gegenstandslos. Überdies hätte der in den Gründen vom KG. vollständig gewürdigte Sachverhalt schon deswegen keinen Anlaß geboten, auf die §§ 267 ff. StGB. einzugehen, weil es sich bei dem „falschen Ablieferungsschein" um eine echte, von einem Empfänger auf Bitten des angekl. Postschaffners wegen angeblichen Verlustes der ersten ausgestellte zweite Empfangsbescheinigung handelte.

KGR. Körner, Charlottenburg.

Zu 11. Eine in verfahrensrechtlicher Hinsicht interessante Entscheidung. Der Gedankengang des KG. ist folgender: Der Satz: „Künstliche Mineralquellsalze sind Zusammensetzungen verschiede-

hin Anhaltspunkte für die Auslegung von Rechtsbegriffen zu gewinnen. Solche Feststellungen des Tatrichters können für das RevGer. unmöglich bindend sein, da es sonst genötigt wäre, seine Auslegung des Gesetzes im einzelnen Falle diesen Feststellungen anzupassen. Das RevGer. ist in der Auslegung des Gesetzes frei und deshalb befugt, wo es zur Auslegung Ermittelungen tatsächlicher Art, insbes. der Mitwirkung von Sachverständigen bedarf, diese selbständig vorzunehmen, ohne dabei an die Vorschriften der StPO. über Beweiserhebung gebunden zu sein. Da der bisherige Beweisstoff ihm nicht genügt, hat der Senat ein Gutachten darüber eingeholt, ob und welche Mineralquellen es gibt, deren durch Eindampfen oder durch Kristallisation gewonnenes Produkt 1 — ein — chemisch reines Salz ist, ob insbes. das aus einer der Emser Quellen gewonnene Produkt ein chemisch reines Kochsalz ist. Nach diesem überzeugenden Gutachten sind Mineralquellen (Quellwässer mit relativ hohem Gehalt an gelösten Stoffen), die nur einen Stoff gelöst enthalten, die also beim Eindampfen als Rückstand ein chemisch reines Salz liefern, kaum irgendwo auf der Erde vorhanden. Auch bei genauer Durchsicht des unter Mitwirkung des Reichsgesundheitsamtes zustande gekommenen Deutschen Bäderbuches, eines großen Werkes, das u. a. die Analysen aller deutschen Mineralquellen enthält, läßt sich keine derartige Mineralquelle ermitteln. Die dort aufgeführten Analysen ergeben vielmehr ausnahmslos eine Vielheit von Salzen, von denen die Mehrzahl allerdings in quantitativer Hinsicht sehr zurücktritt. Desgleichen bezeichnet es der Sachverständige als jedenfalls ganz unwahrscheinlich, daß es Mineralquellen gibt, deren durch Kristallisation gewonnenes Produkt ein chemisch reines Salz ist. Ebenso ist mit dem Sachverständigen die Frage zu verneinen, ob das aus einer der Emser Quellen gewonnene Produkt ein chemisch reines Kochsalz ist. Diese Annahme des AG. ist unrichtig, mag man sie nun auf sog. künstliches Emser Salz beziehen oder das im Handel befindliche natürliche Emser Salz im Auge haben, das durch Eindampfen von Emser Wasser gewonnen wird und vorwiegend aus Natriumbikarbonat (doppelkohlensaurem Natron) und Natriumchlorid (Kochsalz) besteht und außerdem noch geringe, aber dennoch nicht ganz unwesentliche Mengen von Kaliumsalzen einerseits und von schwefelsauren Salzen anderseits enthält, während die übrigen Bestandteile der Menge nach sehr zurücktreten. Es handelt sich mithin auch beim Emser Salz, wie bei den übrigen natürlichen Mineralquellsalzen um ein Salzgemenge, d. h. um eine Vielheit von Einzelbestandteilen. Der Senat hält deshalb an seiner oben wiedergegebenen Auslegung fest, nimmt insbes. an, daß ein künstliches Mineralquellsalz nur ein solches ist, das aus einer Zusammensetzung verschiedener chemischer Stoffe besteht. Das Wort „künstlich" auf die Herstellungsweise eines zur Bereitung der Pastillen verwendeten Salzes zu beschränken, wie es Sonnenfeld, Handel mit Drogen u. Giften, 3. Aufl. Anm. 17 zum Verz. A S. 178 tut, muß der Senat ablehnen, da bei der Herstellung des einzelnen Salzes das Ergebnis genau dasselbe ist, ob man nun das Salz aus Mineralwasser, bergmännisch oder auf chemischem Wege gewinnt. Ob von einem künstlichen Mineralquellsalze nur gesprochen werden kann, wenn bei der Herstellung ein natürliches Mineralquellsalz absichtlich nachgebildet ist und ob und in welchem Maße das Mischungsverhältnis der mehreren chemischen Stoffe dem des natürlichen Mineralquellsalzes entsprechen muß, braucht hier nicht entschieden zu werden, da bei der hier gebilligten Gesetzesauslegung die von dem Angekl. abgegebenen Tabletten schon deshalb keine aus künstlichem Mineralquellsalz bereitete sind, weil stets nur ein Salz zu ihrer Herstellung verwendet ist. Aus diesem Grunde braucht auch auf die vom Angekl. angeregte Frage, wie die in der sog. Komplexbiochemie verwendeten Tabletten zu beurteilen sind, nicht eingegangen werden. Die chemische Zusammensetzung des zur Herstellung der Tabletten verwendeten Milchzuckers kann deshalb unerörtert bleiben, weil er nur als arzneilich indifferentes Bindemittel verwendet wird, das bei der Herstellung der Tabletten zur Erzielung ihrer Festigkeit notwendig und üblich ist.

(KG., 2. StS., Urt. v. 20. Nov. 1926, 2 S 534/26.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

ner chemischer Stoffe usw.", wäre unrichtig, wenn es zuträfe, daß die Emser Pastillen nur ein einziges Salz enthielten. Denn die Emser Pastillen sind unzweifelhaft „aus natürlichen Mineralwässern oder aus künstlichen Mineralquellsalzen bereitete Pastillen". Da aber der Tatrichter seine Feststellung, daß die Emser Pastillen nur ein Salz enthielten, lediglich zu dem Zwecke getroffen hat, um mit ihrer Hilfe die obige abstrakte Bestimmung des Begriffs „künstliche Mineralquellsalze" zu widerlegen, da diese Feststellung also mit dem konkreten Sachverhalt nichts zu tun hat, so ist das RevGer. an diese Feststellung nicht gebunden. Nur an diejenigen Feststellungen ist das RevGer. gebunden, die den konkreten Sachverhalt, wie er sich auf Grund der Beweisaufnahme darstellt, betreffen, nicht an solche, die den Sinn eines Rechtsbegriffs erläutern sollen. Man kann auch so formulieren: Es handelt sich um die Subsumtion des betr. biochemischen Mittels unter den Begriff „künstliches Mineralquellsalz"; diese Subsumtion ist davon abhängig, wie man den Begriff auslegt; die Umgrenzung des Begriffs aber ist wiederum abhängig von den damit verfolgten Zwecken, d. h. davon, welche tatsächlichen Lebenserscheinungen man mit Hilfe dieses Begriffs meistern will. Also ist die Feststellung zahlreicher tatsächlicher Vorgänge für die Auslegung des Begriffs und für die Ausdehnung, die er erhalten soll, wesentlich. Bei der Nachprüfung dieser den abzuurteilenden Fall nur mittelbar berührenden Lebenserscheinungen aber ist das RevGer. frei. Ich habe diesen Gedanken (Beiträge zur Lehre von der Rev. S. 75) so ausgedrückt: „Jede Subsumtion ist revisibel und ebenso jede zum Zwecke der Subsumtion vorgenommene Hilfsoperation, wie die Anwendung von Erfahrungssätzen bei der Subsumtion, während andererseits die gleiche Tätigkeit — zum Zwecke der Beweiswürdigung vorgenommen — irrevisibel ist."

Übrigens ist die Behauptung, daß die Emser Pastillen nur ein Salz enthalten, m. E. gar nicht tatsächlicher Art, sondern ein aus einer Anzahl von Einzelbeobachtungen gewonnener Erfahrungssatz, der besagt: Pastillen von dieser Zusammensetzung werden „Emser Pastillen" genannt.

Zum Vergleiche sei schließlich noch auf das Urteil des OLG. Braunschweig, ZStW. 47, 295, verwiesen.

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

*

Celle.

12. **§ 193 StGB. findet auf Äußerungen eines Richters Anwendung, wenn diese zur sachgemäßen Erledigung der Beweisaufnahme erfolgten.**

Als der Zeuge U. das Sitzungszimmer betrat, rief ihm der Angekl. in lautem Tone zu, daß er draußen Zeugen ausgehört habe. Auf die Privatklage des U. wurde der Angekl. freigesprochen und die Rev. zurückgewiesen, weil dem Angekl. nach Vernehmung des Zeugen B. der Verdacht gekommen sei, daß sich der Privatkläger noch vor seiner Vernehmung draußen mit dem Zeugen B. oder dem ebenfalls schon vernommenen Zeugen Bl. über die von beiden gemachten Aussagen unterhalten habe. Wenn die StK. dann in der auf Grund dieses Verdachtes gegenüber dem Privatkläger gemachten Bemerkung des Angekl. eine Beleidigung gem. § 185 StGB. erblickt habe, die jedoch nach § 193 StGB. straflos sei, so ließen diese Ausführungen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Angekl. hatte als vernehmender Richter für eine sachgemäße Erledigung der Beweisaufnahme Sorge zu tragen. Dazu gehörte aber die Untersagung und Rüge einer mündlichen Aussprache zwischen vernommenen und noch zu vernehmenden Zeugen. Wenn der Angekl. durch seine tadelnde Äußerung seinem nach der Sachlage nicht unbegründeten Verdacht Ausdruck verliehen habe, so sei dies zur Ausführung von ihm als vernehmenden Richter zustehenden Rechten geschehen. Der Angekl. hätte damit nicht, wie die Rev. ausführt, die Interessen dritter Personen wahrgenommen, sondern hätte in Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten in Wahrnehmung seiner eigenen berechtigten Interessen gehandelt, so daß die Anwendung des § 193 StGB. gerechtfertigt sei.

(OLG. Celle, StS., Urt. v. 11. Juli 1927, 3 V 46/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Berghaus, Aurich (Ostfriesland).

*

Dresden.

13. **§ 193 StGB. Der Ausdruck „Notorischer Lügner" ist nicht unter allen Umständen beleidigend. Die Strafbarkeit hängt von der näheren Auslegung der Worte ab. Der Strafschutz des § 193 StGB. erfordert, daß der Gegenangriff im richtigen Verhältnis zu dem Angriff steht.**

Das LG. führt aus, der Angekl. habe, als er den Privatkl. als notorischen Lügner bezeichnete, zur Wahrung seiner Interessen gehandelt, weil er mit dieser Kennzeichnung des Privatkl. eine sog. Beweiseinrede i. S. § 283 ZPO. geltend gemacht habe. Nach dem ganzen Zusammenhang seiner Ausführungen will es damit annehmbar zum Ausdruck bringen, daß der Angekl. die fragliche Äußerung zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses gebraucht habe. Hier gewinnt es aber den Anschein, als ob das LG. den Begriff „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen" i. S. § 193 StGB. verkannt habe. Es übersieht, daß die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift weiter zur notwendigen Voraussetzung hat, daß die Verletzung fremder Ehre als ein durch die Umstände gebotenes Mittel der Wahrnehmung der Interessen des Beleidigers erscheint, wenn nämlich diesem nicht zugemutet werden kann, die Wahrnehmung seines Interesses mit Rücksicht auf die Ehre eines anderen preiszugeben. Angriff und Abwehr müssen im Falle § 193 StGB. ebenso im richtigen Verhältnis zueinander stehen, wie im Falle § 53 StGB. Wie die Überschreitung der Notwehr nicht mehr berechtigte Notwehr ist, so liegt auch eine Wahrnehmung berechtigter Interessen dann nicht mehr vor, wenn der Gegenangriff im Verhältnis zum Angriff das nach Umständen erforderliche Maß überschreitet. Das LG. hätte daher näher darlegen müssen, warum im gegebenen Falle die Äußerung „notorischer Lügner" das zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Angekl. gebotene Mittel war oder doch wenigstens von dem Angekl. als solches angesehen werden konnte, und das um so mehr, als dem Angekl. sehr wohl andere, nicht be-

leidigende Ausdrücke zur Verfügung standen, mit denen er die Unglaubwürdigkeit des Privatkl. hinreichend kennzeichnen konnte.

Des weiteren sind auch die Erwägungen, auf Grund deren das LG. verneint, daß aus der Form der fraglichen Äußerung die Beleidigungsabsicht hervorgehe, rechtlich nicht bedenkenfrei. Unzweifelhaft gibt es Ausdrücke, die, wie die Schimpfworte, so grob und scharf in der Form gefaßt sind, daß ihr Gebrauch ohne weiteres den Schluß auf das Vorliegen der Beleidigungsabsicht rechtfertigt. Das LG. hätte daher zunächst die Äußerung „notorischer Lügner", die sich durch eine besonders scharfe Form kennzeichnet, daraufhin prüfen, ihre Bedeutung **auslegen** und dann dartun müssen, ob oder ob nicht aus ihr — trotz ihrer besonders scharfen Form — die Absicht der Beleidigung hervorgehe. Die Ausführungen des LG., die sich auf die Form der von dem Angekl. gebrauchten Äußerung beziehen, enthalten aber auch einen Verstoß gegen das Denkgesetz; denn, wenn das LG. sagt, daß der Angekl., als er die Äußerung tat, gar nicht an die Ehre des Privatkl. gedacht habe und daraus folgert, daß er die in dem Ausdruck „notorischer Lügner" liegende Übertreibung gerade für nötig gehalten habe, um seine Interessen zu wahren, so ist dieser Ausspruch logischerweise unvereinbar mit der Annahme des LG., daß der Angekl., als er die Äußerung gebrauchte, sich bewußt gewesen sei, daß sie die Ehre des Privatkl. verletze. Hat aber der Angekl. dieses Bewußtsein gehabt, dann ist auch der von dem LG. aus der gegenteiligen Annahme gezogene Schluß in keiner Weise gerechtfertigt, wie ja auch allgemein eine gewollte Übertreibung, also eine absichtliche Grenzüberschreitung in der Form bei § 193 gerade **für** das Vorliegen der Beleidigungsabsicht in der Rspr. gedeutet wird.

(OLG. Dresden, 1. StS., Urt. v. 16. Febr. 1927, 1 OSt 4/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Weber, Dresden.

*

14. § 193 StGB. **Der Strafschutz des § 193 StGB. setzt voraus, daß der Beleidiger berechtigte Interessen auch wirklich wahrnehmen wollte. Soweit § 193 eine Strafbarkeit begründet, ist neben der Beleidigungsabsicht das Bewußtsein erforderlich, die für die Interessenwahrnehmung gebotenen Grenzen überschritten zu haben. Wer jemandem passive Bestechung nachsagt, kann den Strafschutz des § 193 gegebenenfalls beanspruchen.**

(OLG. Dresden, 2. FerStS., Urt. v. 16. Sept. 1926, 2 OSt 114/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

15. §§ 16, 17 Abs. 2 VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 5. Dez. 1925. **Der Führer eines beim Fahren außergewöhnlich starken Rauch entwickelnden Kraftwagens kann sich nicht damit entschuldigen, daß der Motor, weil er die Nacht über im Freien gestanden habe, zu kalt geworden sei.** †)

Zwar ist die Rauchentwicklung die unvermeidliche Folge davon gewesen, daß der Motor des über Nacht im Freien stehengebliebenen Kraftwagens erkaltet und noch nicht wieder richtig in Gang gebracht war, als der Angekl. die Fahrt begann. Das aber entschuldigt den Angekl. nicht ohne weiteres: Wenn der Angekl. als Kraftwagenführer, wie von ihm zu verlangen ist, Sachkunde genug besaß, um wissen zu können, daß das nächtliche Stehenlassen des Kraftwagens im Freien eine derartige Folge nach sich ziehen werde, dann hätte er die Fahrt mit dem Kraftwagen gar nicht unternehmen dürfen. Es hat in diesem Falle sein Verschulden schon darin bestanden, daß er mit dem Kraftwagen losfuhr, obwohl er bei Aufwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit und Überlegung die unvermeidliche Folge der Rauchentwicklung und dadurch bewirkten Belästigung von Personen hätte kommen sehen können. Wenn die Folge sich aber erst zeigte, als er mit dem Kraftwagen schon unterwegs war, hätte dem Angekl. **außerdem** nach dem unter Art. I Punkt 15 VO. v. 18. Juli 1926 gemachten Zusatze zu § 16 VO. v. 5. Dez. 1925 obgelegen, für schleunige Abstellung des hervorgetretenen Mangels dadurch zu sorgen, daß er den Motor anhielt und die Fahrt des Kraftwagens unterbrach. Es hat in diesem Falle ein Verschulden des Angekl. an der auf der Weiterfahrt erfolgten Belästigung von Personen durch Rauch **auch noch deshalb** vorgelegen, weil er diese ihm gebotene Sorgsamkeit durch unbekümmertes Weiterfahren trotz Rauchentwicklung aus den Augen setzte.

(OLG. Dresden, 1. StS., Urt. v. 18. Mai 1927, 1 OSta 26/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

16. § 17 KraftfahrzVerkVO. v. 5. Dez. 1925. **Verursacht ein Motor infolge eines Mangels des Kraftfahrzeuges außergewöhnlichen Rauch und Lärm, so muß der Wagenführer den Mangel an einem Orte, wo durch das Weiterlaufen des Motors niemand belästigt werden kann, abzuhelfen suchen.** †)

§ 17 Abs. 2 KraftfahrzVO. v. 5. Dez. 1925 macht den Kraftwagenführer nicht für jedes Geräusch und für jeden Rauch, Dampf oder üblen Geruch, die mit dem Betriebe des Kraftwagens verbunden sind, verantwortlich, sondern tut dies nur insoweit, als dadurch auf öffentl. Wegen eine Belästigung von Personen oder eine Gefährdung von Fuhrwerken eintritt. Die Entsch. der Frage, ob eine Belästigung eingetreten ist, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. In dieser Beziehung hat der AR. festgestellt, daß dem Auto, das auf der Straße stand, sowohl von vorn als auch von hinten Rauch entströmte, daß das Geräusch des Motors, den der Angekl. angelassen hatte, so überaus laut und die Rauchentwicklung verbunden mit üblem Geruch so stark war, daß das sonst übliche Maß überschritten wurde, daß ferner der Rauch bis in die Höhe eines zweiten Stockwerks zog und daß endlich der Zeuge B. durch das Geräusch und die mit üblem Geruch verbundene Rauchentwicklung, die etwa 10 bis 12 Minuten dauerten, in erheblichster Weise belästigt wurde. Diese Feststellungen lassen keinen Einfluß rechtsirrtümlicher Erwägungen erkennen. Der Vorderrichter hat nicht, wie die Rev. meint, das subjektive Empfinden eines außergewöhnlich reizbaren Menschen, dem schon eine geringfügige Geräusch-, Rauch- und Geruchentwicklung als eine Störung seines Wohlbefindens erscheint, sondern zutreffend den

---

Zu 15 u. 16. Die Anwendung der Bestimmungen des § 17 Abs. 2 VO. über Kraftfahrzeugverkehr (VerkVO.) in der Fassung v. 15. März 1923 über die Entwickelung von Rauch, Geräusch usw. bot der Rspr. einige Schwierigkeiten (vgl. Oberländer-Bezold, Automobilrecht S. 417 ff.). Nachdem diese im wesentlichen überwunden waren (s. BayObLG. v. 13. Jan. 1925: HöchstRR. 46, 285; v. 29. Sept. 1925: JW. 1926, 824), ließ die Abänderung der Vorschrift durch die VO. v. 5. Dez. 1925 (VerkVO. in der Fassung v. 5. Dez. 1925) neue Zweifel entstehen. Früher war der Führer eines Kraftfahrzeugs verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß eine nach der Beschaffenheit des Kraftfahrzeugs **vermeidbare** Entwickelung von Geräusch, Rauch usw. in keinem Falle eintritt, jetzt ist er dafür verantwortlich, daß eine **Belästigung von Personen oder Gefährdung von Fuhrwerken** durch Geräusch, Rauch usw. in keinem Falle eintritt. Es ist also in der neuen Vorschrift das Merkmal der **Vermeidbarkeit** beseitigt und die Voraussetzung einer **Belästigung von Personen oder Gefährdung von Fuhrwerken** eingeführt worden.

Nach dem heutigen Stande der Technik glaubte der Gesetzgeber, die Vermeidbarkeit einer Rauchentwickelung in allen Fällen annehmen zu dürfen. Während er früher in § 3 Abs. 1 VerkVO. verlangte, daß das Kraftfahrzeug so gebaut, eingerichtet und ausgerüstet sein müsse, daß **jede vermeidbare** Belästigung von Personen und Gefährdung von Fuhrwerken durch Rauch usw. ausgeschlossen sei, hält er es jetzt für gerechtfertigt, **jede** Belästigung usw. zu verbieten, in der Annahme, daß die Technik alle Schwierigkeiten in dieser Richtung überwunden habe und nun imstande sei, jedes Kraftfahrzeug so zu bauen und einzurichten, daß eine störende Rauchentwickelung schlechthin ausgeschlossen sei. Darum wurde der § 3 Abs. 1 VerkVO. und folgerichtig auch der § 17 Abs. 2 VerkVO. durch die Ausschaltung des Merkmals der Vermeidbarkeit geändert. Ob der Gesetzgeber damit nicht in dem Bestreben, unbegründete Ein- und Ausreden ein für allemal abzuschneiden, zu weit gegangen ist, darf man füglich bezweifeln. Hätte einerseits die Tatsache nicht unberücksichtigt bleiben sollen, daß doch noch eine große Zahl von Kraftfahrzeugen älterer Bauart in Verwendung ist, die nicht ohne weiteres nach § 28 VerkVO. vom Befahren der öffentlichen Wege ausgeschlossen werden können, so läßt sich andererseits mit einer gewissen Berechtigung die Frage aufwerfen, ob nicht die Technik etwas zu viel versprochen und zugesichert hat. Anerkannte Fachleute, denen man genaueste Kenntnis des Kraftfahrwesens und gründliches Wissen auf diesem Gebiete nicht absprechen wird, sind nach wie vor der Meinung, daß sich auch bei bester Konstruktion der Fahrzeuge die Rauchentwickelung nicht vollkommen wird vermeiden lassen. Mit den bisherigen Bestimmungen wäre auszukommen gewesen und sie hatten wenigstens nicht den beachtlichen Widerspruch ernst zu nehmender Sachkundiger gegen sich. Aber die neue Vorschrift muß, sie mag den wahren Verhältnissen und den gemachten Erfahrungen entsprechen oder nicht, nachdem sie einmal besteht, angewendet werden, die Rspr. muß sich mit ihr abfinden, so gut es geht.

Bei der Anwendung wird im einzelnen Falle die Frage nicht ungeprüft bleiben dürfen, ob es sich wirklich um eine belästigende Rauchentwickelung und nicht nur um eine harmlose Entwickelung von Wasserdämpfen handelt. Die „Anweisung über die Prüfung von Kraftfahrzeugen" enthält (in Ziff. III) Anordnungen über die „Vermeidung von üblem Geruch und Rauch" und bestimmt: „Die Verbrennung der Gase in der Maschine muß so vollkommen und die Ölzufuhr so eingerichtet sein, daß ein belästigender Rauch nicht entwickelt wird." Damit wird die belästigende Rauchentwickelung, die nach den §§ 3 Abs. 1, 17 Abs. 2 VerkVO. unterbleiben muß, auf die beiden einzigen Ursachen der unzulänglichen Verbrennung der Gase und der ungeeigneten Ölzufuhr zurückgeführt. Ganz unabhängig von der durch die Beschaffenheit und Güte des verwendeten Betriebsstoffes mitbedingten Verbrennung der Gase und von der durch die

objektiven Maßstab der im normalen Kraftfahrzeugverkehr unvermeidbaren Nebenerscheinungen und des Durchschnittsempfindens eines normalen Menschen seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Nur in der Überschreitung des hiernach zulässigen — des sonst üblichen Maßes — und in erheblichster Belästigung hat der AR. den Verstoß gegen § 17 Abs. 2 erblickt.

Der Angekl. hätte sich mit seinem Wagen in eine Garage oder an einen Ort, wo niemand belästigt wurde, begeben müssen, um dort den Mangel des Fahrzeuges abzustellen; die öffentliche Straße, auf der Verkehr stattfand, durfte er dazu nicht benutzen.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 24. Mai 1927, 2 OSta 20/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

17. § 21 KraftfahrzVerkG. v. 3. Mai 1909. Von Kraftfahrern ist nicht zu verlangen, daß sie sich vor ihren Ausfahrten über die, sei es auch nur in ihrem Bezirke, Sonntags gesperrten Straßen unterrichten. Eine Fahrlässigkeit liegt höchstens dann vor, wenn sie die auf die Sperrung hinweisenden Warnungstafeln an den Straßen nicht lesen.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 17. Mai 1927, 2 OSta, 19/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

18. § 23 KraftfahrzVerkVO. v. 15. März 1923 in der Fassung v. 5. Dez. 1925 (RGBl. 439) bzw. 28. Juli 1926 (RGBl. 425). Als AusfVO. zur KraftfahrzVerkVO. (§ 23) v. 15. März 1923 ergangene Anordnungen oberster Landesbehörden, die für das Befahren gewisser Durchgangsstrecken eines Stadtgebietes die Höchstgeschwindigkeit für allen Fuhrwerksverkehr einschränken, bestehen für den Kraftfahrzeugverkehr auch angesichts der neuen reichsgesetzlichen Regelung dieses Verkehrs noch zu Recht.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 3. Mai 1927, 2 O St a 37/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

19. § 1 Ges. über Kraftfahrlinien v. 26. Aug. 1925 (RGBl. 319). Der Begriff der Kraftfahrlinie erfordert nicht die Aufstellung eines bestimmten Fahrplans.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 3. Mai 1927, 2 OSt 26/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

20. § 2 VO. z. Schutze d. Funkverkehrs v. 8. März 1924 (RGBl. 273). Versuch der Errichtung einer Funkanlage liegt vor, wenn jemand mit dem hierauf gerichteten Willen dort, wo die Anlage in Betrieb genommen werden soll, Einrichtungen trifft, die allein oder in Verbindung mit anderen Vorrichtungen, geeignet sind, die Anlage betriebsfähig zu machen. Unbeachtlichkeit des Irrtums darüber, daß schon für den Errichtungsversuch behördliche Genehmigung nötig ist. †)

Der Angekl. hat ein Rundfunkempfangsgerät in noch unfertigem Zustande in seine Wohnung gebracht, um dort es fertigzustellen und mit ihm eine Rundfunkempfangsanlage zu errichten. Das Gerät ist durch die Postverwaltung beschlagnahmt worden. Als das geschah, fehlten an dem Apparat noch einige Innenverbindungen und die Batterie zum Heizen der Empfangsröhren; insbes. fehlte der Luftleiter.

Das LG. hat den Angekl. freigesprochen, weil nicht nur keine Vollendung, sondern, da mit dem Bau des Luftleiters noch nicht begonnen worden sei, auch kein Versuch der Errichtung einer Funkanlage i. S. des § 2 VO. zum Schutze des Funkverkehrs v. 8. März 1924 vorliege.

Der Versuch, eine Funkanlage zu errichten, d. h. das zu ihrem Betriebe Erforderliche herzurichten und einzurichten, liegt vor, sobald der Täter mit dem hierauf gerichteten Willen dort, wo die Anlage in

---

Öleinfüllung und -zufuhr stark beeinflußten Verbrennung des in den Kompressionsraum der Zylinder gelangten Schmieröles ist die Verdampfung von Kondenswasser, das sich zeitweilig in der Auspuffleitung des Fahrzeugs sammelt. In diese während des Fahrens stark erhitzte Leitung hat die wasserdampfhaltige atmosphärische Luft Zutritt, das Wasser schlägt sich auf und in der Leitung nieder, wird aber während der Fahrt durch die Abgase ausgestoßen; hält aber der Wagen und steht der Motor still, so kondensiert das Wasser und sammelt sich in der Auspuffleitung; geht die Fahrt weiter und wird die Auspuffleitung wieder heiß, so verdampft das Wasser und der Wasserdampf wird in stärkerer Menge mit den Abgasen ausgestoßen. Dieser natürliche Vorgang läßt sich nicht verhüten, aber eine belästigende Rauchentwickelung bildet er nicht.

Die neue Vorschrift hat nicht wie ihre Fassung vermuten lassen könnte, ein Formaldelikt geschaffen, bei dem die nackte Gebots- oder Verbotsverletzung zur Begründung der Straftat ausreicht und die Verschuldensfrage völlig ausscheidet, sie hat auch nicht eine gesetzliche Schuldvermutung aufstellen wollen. Sowohl die Ursächlichkeit eines Verhaltens des Kraftfahrzeugführers für den Eintritt der belästigenden Rauchentwickelung als auch ein Verschulden des Führers muß im Einzelfalle festgestellt werden; es handelt sich um die Anwendung des § 21 KraftfahrzG. mit einer dieses Blankettstrafgesetz ausfüllenden Vorschrift und da gehört nach einhelliger Rspr. der oberen Gerichte Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Täters stets zum gesetzlichen Tatbestand. Nur ist dem Gericht die Feststellung wesentlich erleichtert. Wenn in der Tat, wie der Gesetzgeber angenommen hat und auch das Gericht nach § 3 Abs. 1 VerkVO. annehmen muß, nach dem heutigen Stande der Technik jedes Kraftfahrzeug so gebaut, eingerichtet und ausgerüstet werden kann, daß eine belästigende Rauchentwickelung unter allen Umständen ausgeschlossen ist, so darf und muß das Gericht, wenn eine solche Rauchentwickelung festgestellt ist, von der tatsächlichen Annahme ausgehen, daß nur ein Fehler des Fahrzeugs oder eine Ordnungswidrigkeit in der Benützung die verbotene Begleiterscheinung herbeigeführt hat: entweder ist das Fahrzeug nicht richtig gebaut oder eingerichtet oder es wurde nicht richtig instand gehalten oder aber der Führer hat ungeeigneten Betriebsstoff verwendet, das Schmieröl nicht ordnungsmäßig zugeführt oder sonst bei der Benützung und Bedienung des Fahrzeugs unsachgemäß gehandelt. In allen diesen Fällen liegt zum mindesten Fahrlässigkeit des Führers klar zutage, und er ist hierfür nach § 3 Abs. 1 mit § 16 oder nach § 17 Abs. 2 VerkVO. in Verbindung mit § 21 KraftfahrzG. verantwortlich, ohne daß es des weiteren Nachweises eines Verschuldens bedarf. Ist aber der Ausgangspunkt dieser Erwägungen unrichtig und gibt es wirklich eine Rauchentwickelung, die auch bei Erfüllung aller Sorgfaltspflichten nicht vermieden werden kann, so würde es gegen den Grundsatz: „Ohne Schuld keine Strafe" verstoßen, wenn in Fällen, in denen eine unvermeidbare Rauchentwickelung geltend gemacht oder aus besonderen Umständen zu entnehmen ist, eine Verurteilung des Führers ohne Feststellung seiner Schuld erfolgen sollte.

Durch die Abänderung der Vorschrift ist es zweifelhaft geworden, ob eine Bestrafung aus § 17 Abs. 2 voraussetzt, daß eine Belästigung von Personen eingetreten ist, oder ob schon die Gefahr, d. i. die naheliegende Möglichkeit, einer Belästigung genügt. Nach der früheren Fassung konnte diese Frage nicht auftauchen; der Eintritt einer Belästigung war nicht Voraussetzung (vgl. Oberländer-Bezold S. 422). Das OLG. Stuttgart (Urt. v. 7. Sept. 1926, Tgb. Nr. 495) und das BayObLG. (Urt. v. 8. April 1927, RevReg. I 57/27) nehmen an, daß nach dem Sinn und Zweck auch der neuen Vorschrift der wirkliche Eintritt einer belästigenden Folge nicht, wie der Wortlaut vermuten lassen könnte, erfordert werde. So ganz unumstößlich richtig scheint diese Auffassung nicht zu sein. Man sollte glauben, daß der Gesetzgeber imstande gewesen wäre, der Vorschrift, wenn sie einen anderen Sinn und Zweck haben sollte, auch eine entsprechende Fassung zu geben, zumal die alte Vorschrift als Muster vorlag. Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 ist so klar und eindeutig, daß für eine Auslegung streng genommen kein Raum ist. Und sicher hat auch die Erwägung etwas für sich, daß die Vorschrift, die nach der einen Seite verschärft wurde, nach der anderen Seite gemildert werden sollte (vgl. Müller, AutomobilG. § 17 Anm. 7 VerkVO.).

Betrachtet man die gegenwärtigen Entscheidungen von dem dargelegten Standpunkt aus, so wird sich gegen das Urt. v. 24. Mai 1927 nicht wohl etwas einwenden lassen. Dagegen dürfte in dem anderen Falle nicht mit voller Gewißheit feststehen, daß es sich um eine Rauchentwickelung und nicht vielmehr um ein Ausströmen von Wasserdämpfen gehandelt hat. ObLGR. Dr. Bezold, München.

Zu 20. Die Beurteilung des objektiven und subjektiven Tatbestands durch das OLG. entspricht der Rechtslage (vgl. auch RG.: JW. 1927, 1595 und meine Anm.). Vor allen Dingen ist es richtig, daß sich der Begriff des „Versuchs" der Errichtung einer Funkanlage nicht auf den Fall des Beginnes der Herstellung eines Luftleiters beschränkt. Beginn der Herstellung eines Luftleiters für eine Funkanlage stellt allerdings den Versuch der Errichtung einer solchen Anlage dar, aber er ist nicht der einzige Fall eines solchen Versuchs (vgl. Neugebauer, Funkrecht 2. Aufl. S. 140). Andererseits hat das OLG. recht, wenn es ablehnt, darin, daß der Angekl. das Funkgerät gekauft und in seine Wohnung gebracht hat, für sich allein den Fall eines „Versuchs der Errichtung einer Funkanlage" zu erblicken. — Die rechtliche Bedeutung der Errichtung einer Rundfunkantenne ist neuerdings in ein besonderes Licht gerückt worden. Es ist die Frage praktisch geworden, ob es ein strafbarer „Versuch der Errichtung" einer Funkanlage ist, wenn Antennen einschließlich Zuführungen zur Wohnung sowie Erdungsanschlüssen bei dem Neubau eines Miethauses von vornherein für alle oder verschiedene Wohnung als deren Bestandteile angelegt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie von den künftigen Mietern jemals benutzt werden. Die Frage ist von der Deutschen Reichspost selbst verneint worden in der Erwägung, daß es hier rechtlich nicht wesentlich anders liegt, als bei der Herstellung von Funkgerät zum Absatz (vgl. darüber Neugebauer, Funkrecht 2. Aufl. S. 18).

MinR. Dr. E. Neugebauer, Berlin.

Betrieb genommen werden soll, durch eigene oder fremde Tätigkeit Einrichtungen trifft, die — allein für sich oder i. Verb. mit anderen Vorrichtungen — geeignet sind, zur Betriebsfähigkeit der Anlage zu führen. Einen Anhalt dafür, diese Begriffsbestimmung auf den Beginn der Herstellung des Luftleiters oder sonstwie einzuschränken, bietet weder der Wortlaut noch der Sinn oder der Zweck der VO. v. 8. März 1924. Die — gegebenenfalls nach § 27b zu mildernde — Gefängnisstrafe in § 2 VO. ist angedroht nicht nur, weil das Schwarzhören durch den Rundfunk und die Versuchung dazu weit verbreitet sind und die geldlichen Belange der Reichspostverwaltung am Funkverkehre durch jenes verletzt und durch diese gefährdet werden, sondern ganz besonders — worauf schon die Überschrift der VO. hinweist — auch deshalb, weil die postbehördlich genehmigten Funkanlagen durch das ohne Kenntnis der Reichpostverwaltung erfolgende Errichten und Betreiben von Funkanlagen der Gefahr ausgesetzt werden, in ihrem Betriebe geschädigt, in ihrer Leistungsfähigkeit und der Ungestörtheit ihres Betriebes beeinträchtigt zu werden.

Ob bereits Versuch oder nur Vorbereitung der Anlageerrichtung anzunehmen, ist Frage des einzelnen Falles. Im vorliegenden Falle ist es zwar nicht schon dadurch, daß der Angekl. das Gerät in seine Wohnung gebracht hat, zum Versuche gekommen. Zu dessen Annahme würde aber genügen, wenn der Angekl. dort mit dem Errichtungswillen durch eigene oder fremde Tätigkeit das Gerät, um es zum Rundempfang geeignet zu machen, weiter fertiggestellt oder andere Vorkehrungen zur Herbeiführung der Betriebsfähigkeit der Funkanlage getroffen, insbes. etwa mit Einrichtung der Luft- oder der Erdleitung begonnen hätte. Die Frage, ob es bereits zu derartiger Tätigkeit gekommen war, hätte der Vorderrichter prüfen müssen.

Für die neue Verhandlung ist — für den Fall der Annahme des Errichtungsversuchs — darauf hinzuweisen, daß den Angekl. ein etwaiger Irrtum über das Erfordernis postbehördlicher Genehmigung auch schon für den Errichtungsversuch als Strafrechtsirrtum nicht schützen würde, weil auf die VO. v. 8. März 1924 weder die IrrtumsVO. von 1917 noch ihre Erweiterung von 1920 anwendbar ist.

(Vgl. zu alledem: DJZ. 1927, 530; JW. 1927, 1287, 1595, 1601; LZ. 1927, 179; DRZ. 1927 Rspr. Nr. 64; LG. Hannover, Urt. 17 N 108/25 v. 5. Jan. 1926; **Neugebauer**, Funkrecht 2. Aufl. S. 17—19, 35 f., 140.)

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 12. Juli 1927, 2 OSt 61/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. **Weber**, Dresden.

*

21. Zur Auslegung der §§ 75, 77, 78, 82 EBBO. †)

Die von dem Vorderrichter getroffenen Feststellungen rechtfertigen aber nicht die von ihm vertretene Auffassung, daß der Angekl. durch das Hinschieben des Sportwagens an die in der Nähe des Bahnübergangs befindliche Schranke sich eines unbefugten Betretens einer Bahnsteiganlage schuldig gemacht habe. Da er im Besitze einer Fahrkarte war und diese als Erlaubniskarte i. S. von § 78 Abs. 2 EBBO. anzusehen ist, war er an sich zum Betreten des Bahnsteigs berechtigt.

Dadurch, daß der Angekl. über die Verbotstafel hinaus den Wagen bis zur Schranke geschoben hat, hat er keinen Teil des Bahnsteiges betreten, dessen Betreten verboten war, weil nach dieser Verbotstafel nur der Ausgang verboten war. Diesem Verbote hat der Angekl. aber nicht zuwidergehandelt. Eine Freisprechung des Angekl. konnte gleichwohl nicht erfolgen, weil in Frage kommen kann, ob sich der Angekl. durch das Hinschieben des Sportwagens an die Schranke um deswillen nach §§ 77, 82 l. c. strafbar gemacht hat, weil er hierdurch einer dienstlichen Anordnung des Bahnpolizeibeamten zuwidergehandelt hat.

Der Ansicht des Vorderrichters, daß die seitens des Eisenbahnassistenten an den Angekl. gerichteten Aufforderungen, seine Personalien anzugeben, nicht als „Anordnungen“ i. S. des zweiten Halbsatzes des § 77 anzusehen seien, kann nicht beigetreten werden. Ihre Begründung: anordnen könne man nur, daß jemand eine Handlung vornimmt oder unterläßt, zur Angabe der Personalien könne man nur auffordern, geht schon deshalb fehl, weil sie verkennt, daß die geforderte Angabe der Personalien die Vornahme einer Handlung des Aufgeforderten, nämlich seine Personalien anzugeben, enthält. Bei Beurteilung der hier zu entscheidenden Frage ist der gesetzgeberische Zweck der in § 77 l. c. getroffenen Bestimmungen im Auge zu behalten und auf die Eigenart des Bahnverkehrs Rücksicht zu nehmen. Es ist hierbei davon auszugehen, daß es zur Aufgabe eines Bahnpolizeibeamten gehört, die Befolgung aller zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Bahnverkehr von zuständiger Seite getroffenen Anordnungen zu überwachen und gegen Zuwiderhandelnde einzuschreiten. Ein Bahnpolizeibeamter ist deshalb berechtigt, bei vermeintlichen Zuwiderhandlungen gegen die Eisenbahnbau- und -betriebsO. die Persönlichkeit des in Frage kommenden Täters festzustellen. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Bahnpolizeibeamte bei verweigerter Angabe der Personalien nach § 75 Abs. 4 l. c. zur vorläufigen Festnahme des Täters befugt ist. Diese Maßnahme kann den betreffenden Beamten unter Umständen so lange seinem Dienst entziehen, daß dadurch leicht eine Gefährdung der Sicherheit des Bahnbetriebs eintreten kann. Der gesetzgeberische Zweck der Bestimmung des § 77 l. c., diese Sicherheit zu gewährleisten, erfordert es deshalb, die Aufforderung eines Bahnpolizeibeamten zur Angabe der Personalien als dienstliche Anordnung eines solchen anzuerkennen.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt v. 11. Jan. 1927, 2 OSta 151/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. **Alfred Weber**, Dresden.

*

Hamburg.

22. § 21g Reichs-KraftverkVO. v. 5. Dez. 1925 / 28. Juli 1926. Die für den Kraftfahrzeugverkehr allein maßgebliche ReichsVO. kann durch örtliche PolizeiVO. derart ergänzt werden, daß diese bestimmt, was „verkehrshindernd“ im Sinne des § 21g der ReichsVO. ist.†)

Die tatsächliche Feststellung des AG., wonach „der Graskeller mit seinem lebhaften Fußgänger-, Fahrrad-, Straßenbahn-, Auto- und Lastverkehr ... eine jener engen Straßen der inneren Stadt“ ist, „welche alle Augenblicke verstopft sind“, reicht allein nicht aus, um die Anwendung des § 21g Abs. 1 Satz 2 KraftfahrzVerkVO. zu rechtfertigen. Vielmehr ist der Rev. darin zu folgen, daß Großstadtstraßen von normaler Breite, deren Passierbarkeit nur durch den besonders lebhaften Verkehr beeinträchtigt wird, nicht als „enge Stellen“ i. S. des Ges. anzusehen sind. Dennoch ist die Entsch. des Vorderrichters im Ergebnis zu billigen.

Eine Begriffsbestimmung dessen, was als „verkehrshindernd“ anzusehen ist, hat auch bisher im Reichsrechte gefehlt. § 366 Ziff. 9 StGB. verbietet allgemein die Aufstellung von Gegenständen, „durch welche der freie Verkehr gehindert wird“. Um den Tatbestand dieser Bestimmung zu erfüllen, ist nach anerkannter Rspr. nicht der Eintritt einer tatsächlichen Verkehrsbehinderung im Einzelfalle erforderlich. Vielmehr genügt die Herbeiführung eines Zustandes, der geeignet ist, den Verkehr zu stören (vgl. das Urt. dieses Sen. v. 13. Jan. 1927, R III 192/26). In Ermangelung reichsrechtlicher Begriffsbestimmung geben nach dieser Richtung die etwa bestehenden, den allgemeinen Verkehr auf öffentlicher Straße regelnden örtlichen Polizeivorschriften

---

Zu 21. Die Begr. des ersten Teils des Urteils ist unrichtig. Der § 78 EBBO. handelt von dem Betreten solcher Bahnanlagen, die für das Publikum im allgemeinen nicht bestimmt sind, und die, außer von den dienstlich berechtigten Personen (Beamte, Offiziere usw.), von andern Personen nur betreten werden dürfen, wenn und soweit ihnen eine besondere Erlaubniskarte ausgestellt ist. Im vorl. Falle handelt es sich um das Betreten eines Bahnsteiges, der jedermann zugängig ist, vorausgesetzt, daß er einen Ausweis (Fahrkarte oder Bahnsteigkarte) besitzt. Ein solcher Ausweis (§§ 12—16 EVerkO.) ist etwas ganz anderes, als eine auf Grund des § 78 EBBO. ausgestellte Erlaubniskarte. Die Behauptung in der Begr., „daß Fahrkarten und Bahnsteigkarten als Erlaubniskarten i. S. § 78 a. a. O. anzusehen seien“, ist völlig abwegig.

Im zweiten Teil des Urteils ist richtig, daß die Weigerung, der Anordnung zuständiger Bahnpolizeibeamten Folge zu leisten, einen Verstoß gegen den § 77 EBBO. darstellt. Ob eine solche Anordnung vorliegt, ist noch nicht festgestellt.

Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. v. **der Leyen**, Berlin-Wilmersdorf.

Zu 22. In städt. StraßenVerkO. findet sich mehrfach für den allgemeinen Fuhrwerksverkehr das Verbot, in bestimmt bezeichneten Straßen mit Personenfuhrwerken länger anzuhalten, als zum Absetzen oder zur Aufnahme von Fahrgästen notwendig ist. Die Rechtsgültigkeit solcher Vorschriften und ihre Anwendbarkeit auf den Verkehr mit Kraftfahrzeugen gem. § 2 Abs. 1 der VO. über Kraftfahrzeugverkehr (VerkVO.) unterlag keinem Bedenken, solange die VerkVO. — abgesehen von der nicht entgegenstehenden Bestimmung über das Stehenlassen von Kraftfahrzeugen auf der Straße in § 17 Abs. 1 Satz 2 (vgl. BayObLG. v. 19. Febr. 1926, RevReg. I 521/25 [Samml. 1926, 44, JW. 1926, 1996]) — keine Vorschrift über das Aufstellen vorübergehend anhaltender Kraftfahrzeuge auf öffentlichen Wegen und Plätzen enthielt. Zweifel sind bez. beider Fragen erst entstanden, als von den einzelnen Ländern nach Vereinbarung mit dem Reiche die neue StraßenVerkO. (in Bayern: Oberpol. Vorschr. über den allgem. Verkehr auf öffentl. Wegen v. 8. Mai 1926) und in Anpassung hieran von der Reichsregierung die neueste VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 28. Juli 1926, in Kraft seit 7. Aug. 1926 (vgl. Ges. über d. Verkündung v. Rechtsverordnungen v. 13. Okt. 1923 [RGBl. 959]), erlassen wurden. Die StraßenVerkO. enthält für den allgemeinen Fuhrwerksverkehr Vorschriften für die Führer „zum Stillstand gelangender Fuhrwerke“ in § 17, und die VerkVO. erhielt durch die VO. v. 28. Juli 1926 den § 21g mit gleichlautendem Inhalt. Nach § 33 BayStraßenVerkO. (§ 32 der vereinbarten Mustervorschriften) können die Polizeibehörden weitergehende (schärfere oder ergänzende) Vorschriften für den allgemeinen Fuhrwerksverkehr erlassen, und danach bleiben bereits bestehende derartige Vorschriften aufrechterhalten (vgl. BayObLG. v. 29. Nov. 1926, RevReg. II 474/26, v. 10. Dez. 1926, RevReg. I 610/26, v. 24. Mai 1927, RevReg. I 220/27). In der VerkVO. war nach ihrem System und nach dem ihr zugrunde liegenden § 6 KraftfahrzG. für eine solche Ermächtigung an die

den Maßstab an. Im übrigen entscheidet die allgemeine Verkehrssitte (vgl. KG. v. 15. Dez. 1925: HöchstRRspr. 2, 197). Danach ist als verkehrshindernd anzusehen, was entweder solcher allgemeinen polizeilichen Verkehrsvorschrift oder der anerkannten, zulässigen Verkehrsübung zuwiderläuft. Auch auf die **Zeitdauer** der an sich noch nicht ohne weiteres verkehrshindernden Aufstellung sind die nämlichen Grundsätze anzuwenden (vgl. KG. a. a. O.; LpzKomm. Note 8 zu § 366 IX). An diesem Rechtszustande hat auch die Best. des § 21 g Abs. 1 KraftfahrzVerkVO. im wesentlichen nichts geändert. Sie gibt zwar einige Beispiele, schafft jedoch eine Begriffsbestimmung ebensowenig wie die Vorschrift des StGB. Danach besteht keinerlei Anlaß — allein von jenen Beispielen abgesehen —, den Begriff verkehrshindernder Aufstellung anders als bisher zu beurteilen. Auch gegenüber der neuen reichsrechtlichen Bestimmung ist mithin daran festzuhalten, daß als verkehrshindernd eine Aufstellung anzusehen ist, wenn sie entweder gegen die allgemeinen polizeilichen Verkehrsvorschriften oder gegen die zulässige Verkehrssitte verstößt. Dieser Grundsatz erstreckt sich auch fernerhin sowohl auf Ort als auch auf Zeitdauer der Aufstellung.

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 25. April 1927, R III 51/27.)

*

Jena.

23. **§ 17 KraftfahrzVerkVO. v. 5. Dez. 1925. Rauchentwicklung bei Kraftfahrzeugen.**

Der Angekl. ist wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 KraftfahrzVerkVO. v. 5. Dez. 1925 i. Verb. m. § 21 des Ges. v. 3. Mai 1909 zu Geldstrafe verurteilt worden.

Er hat eines Abends im Nov. 1926, gegen 7 Uhr, in S. mit seinem Kraftfahrzeug eine etwa 40 m lange Rauchfahne entwickelt.

Die Prüfung des Verschuldens des Angekl. setzt eine Prüfung der Vermeidbarkeit der Rauchentwicklung voraus. Das AG. hätte dazu prüfen müssen, ob sich bei dem heutigen Stande des Kraftfahrzeugbaues eine solch starke Rauchentwicklung nicht überhaupt vermeiden läßt (vgl. jetzt OLG. Jena: Arch. f. Rechtspfl. 1927, 307) und — im Falle der Verneinung — ob sie sich **hier** hätte vermeiden lassen.

Die Begründung, daß bei der Örtlichkeit keine starke Steigung zu überwinden gewesen wäre, erschöpft die Möglichkeiten unvermeidbarer Rauchentwicklung nicht. Daß sie das AG. nachgeprüft hat, ergibt sich jedoch aus seinem Urt. nicht. Dessen Fassung läßt vielmehr auf das Gegenteil schließen. Die Beschränkung auf diese eine Möglichkeit erfolgt ohne zwingenden Grund und ohne, daß sich der Angekl. darauf berufen hätte. Bei seiner polizeilichen Vernehmung hat er sich vielmehr damit verteidigt, daß sich durch längeres Stehen des Kraftwagens Öl im Zylinder angesammelt habe und daß dadurch beim Anfahren die Rauchentwicklung entstanden sei.

Aus alledem ist zu schließen, daß das AG. andere Möglichkeiten der Unvermeidbarkeit nicht genügend ins Auge gefaßt hat. Irrig aber war es, die Vermeidbarkeit der Rauchentwicklung anzunehmen, wenn das Gericht nur **eine** Möglichkeit der Unvermeidbarkeit ausschloß.

Ein solcher Denkfehler begründet die Rev. dann, wenn er bei Anwendung des Gesetzes auf den Tatbestand unterlaufen ist (**Mannheim**, Lehre von der Revision S. 75, § 4 letzter Abs.). Das trifft hier zu. Denn dann ist der Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit verkannt. Das Urt. war deshalb aufzuheben.

Bei erneuter Prüfung wird das AG. zu erörtern haben, ob der Angekl. (auch in der Dunkelheit?) bei gehöriger Aufmerksamkeit die Rauchfahne wahrnehmen mußte und ob er irgendwie dafür verantwortlich ist, daß sie sich bildete. Dabei kann ihm nicht zugemutet werden, andere Hilfe als den Motor zur Wegschaffung des Kraftfahrzeugs in Anspruch zu nehmen, wenn sich die ohne seine Schuld gebildete Ursache einer Rauchentwicklung nur mit außergewöhnlichen Maßnahmen beseitigen ließ.

(OLG. Jena, 2. StS., Urt. v. 22. April 1927, S 55/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. **Zeunert**, Jena.

*

Polizeibehörden kein Raum. So mußte denn die Frage entstehen, ob künftighin eine verschiedene Behandlung des allgemeinen Fuhrwerksverkehrs und des Kraftfahrzeugverkehrs soll Platz greifen können oder ob etwaige für den ersteren zu erlassende oder bereits bestehende weitergehende Vorschriften nach § 2 Abs. 1 VerkVO. sinngemäß auch für den letzteren gelten. Das BayObLG. hat kürzlich erst in grundlegenden Entsch. (v. 24. Mai 1927, RevReg. I 220/27 und 243/27, v. 31. Mai 1927, RevReg. I 165/27) hinsichtlich der **Überholung von Straßenbahnen** durch Kraftfahrzeuge zu der Frage Stellung genommen und die Auffassung vertreten, daß nunmehr ausschließlich die Bestimmungen des § 21 b VerkVO. hierfür maßgebend sind, daß aber die Polizeibehörden Verkehrsverbote oder -beschränkungen nach § 23 VerkVO. unter den dort aufgestellten Voraussetzungen anordnen und so den Überholungsverkehr beeinflussen können. Von den Grundgedanken dieser Entsch. wird auch im vorl. Falle auszugehen sein.

Nach § 21 g Abs. 1 VerkVO. hat der Führer eines zum Stillstand gelangenden Kraftfahrzeugs dieses so aufzustellen, daß es den Verkehr nicht behindert. Insbes. ist die Aufstellung an engen Stellen, Wegekreuzungen und scharfen Wegekrümmungen sowie an Haltestellen der Straßenbahnen und Kraftomnibusse verboten. Damit ist der Rechtsstoff der Aufstellung zum Stillstand gelangender Kraftfahrzeuge reichsrechtlich geregelt, und für die Erlassung oder Aufrechterhaltung von diese Frage betreffenden örtlichen Polizeivorschriften, die sich **nur auf den Verkehr mit Kraftfahrzeugen** beziehen, besteht nach § 6 KraftfahrzG. keine Möglichkeit mehr. M. E. gelten aber auch ortspolizeiliche Vorschriften, die für den **allgemeinen Fuhrwerksverkehr** das vorübergehende Aufstellen von Personenfuhrwerken auf öffentlichen Wegen **aus dem Gesichtspunkte des § 21 g VerkVO.** heraus behandeln, nicht mehr gem. § 2 Abs. 1 VerkVO. sinngemäß für den **Verkehr mit Kraftfahrzeugen**. Denn nach § 2 Abs. 1 hat eine solche Anwendung zur Voraussetzung, daß nicht in der VerkVO. oder gem. § 6 Abs. 3 KraftfahrzG. von der obersten Landesbehörde andere Bestimmungen getroffen werden; da in § 21 g VerkVO. solche Bestimmungen getroffen sind, scheiden ortspolizeiliche Vorschriften aus.

Die vorstehende Entsch. des OLG. Hamburg will nun der Hamburg. PolVO., die das Anhalten von Personenfuhrwerken in bestimmten Straßen über eine durch das Ein- und Aussteigen erforderte Zeitdauer hinaus verbietet, die fortdauernde Geltung dadurch sichern, daß sie in ihr eine Bestimmung des Begriffs „verkehrshindernd“ erblickt. Nach meiner Auffassung ist dieser Weg nicht gangbar. Der Begriff der Verkehrsbehinderung in § 21 g ist ein Tatbestandsmerkmal dieses Strafgesetzes und ausschließlich von dem Richter zu bestimmen, der das Strafgesetz anzuwenden hat. Der Richter mag bei der Auslegung andere Polizeivorschriften heranziehen, kann aber nicht derartig an sie gebunden sein, daß sie ihm ein für allemal vorschreiben dürften, welche Aufstellung von Fuhrwerken er als verkehrshindernd zu betrachten habe. Es würde wohl kaum eine Polizeivorschrift für zulässig und rechtsgültig angesehen werden, die z. B. für die Anwendung des § 19 Abs. 1 VerkVO. maßgebend vorschreiben wollte, wo die Sicherheit des Verkehrs die Abgabe von Warnungszeichen erfordert. Warum sollte dann aber für § 21 g durch Polizeivorschrift bestimmt werden können, was verkehrshindernd ist? Auch der Begriff der Verkehrsbehinderung ist aus sich heraus und nach den übrigen Vorschriften der VerkVO. zu bestimmen und bedarf nicht der Festlegung durch Verwaltungsvorschriften. Allerdings wird es nicht angehen, ihm so enge Grenzen zu ziehen, wie das z. B. in **Müller**, Automobilgesetz, 2. Aufl., § 21 g N. 1a geschieht; gegen die sachliche Auslegung in der vorstehenden Entsch. aber wird nichts einzuwenden sein.

Als Grund für die fortdauernde Geltung der PolVO. kann auch nicht angeführt werden, daß sie nur die **Zeitdauer** der zulässigen Aufstellung von Fuhrwerken bestimmt und damit bloß eine in § 21 g gelassene Lücke zulässigerweise ausfülle; denn damit wird die Aufstellung wieder mit der Frage der Verkehrsbehinderung in Verbindung gebracht und angenommen, es sei die Aufstellung eines Fuhrwerks über ein gewisses Zeitmaß hinaus ohne weiteres als verkehrshindernd zu betrachten.

Aber ein anderer Weg ist denkbar, der es den Polizeibehörden ermöglicht, die Aufstellung von Fuhrwerken in bestimmten Straßen zu verbieten. Nach § 23 VerkVO. kann von den Polizeibehörden ein Verbot oder eine zeitliche Beschränkung des Verkehrs mit Kraftfahrzeugen auf bestimmten Wegen angeordnet werden, soweit der Zustand (z. B. geringe Breite) der Wege oder anliegender Gebäude oder die Eigenart des Verkehrs es erfordern. Auch ein auf dem öffentlichen Wege zum Stillstand gebrachtes Kraftfahrzeug bleibt im Verkehr (vgl. d. oben angef. Entsch. des BayObLG. v. 19. Febr. 1926). Das Verbot, mit einem Fuhrwerk länger anzuhalten, als zum Ein- und Aussteigen der Fahrgäste erforderlich ist, läßt sich mehr unter die Verkehrsregelung nach § 23 VerkVO. als unter die Vorschrift des § 21 g VerkVO. bringen; denn dieses Anhalten ist kein „Aufstellen“ des Fahrzeugs i. S. des § 21 g, wie besonders daraus zu entnehmen ist, daß der § 21 g das vorübergehende Anhalten wegen eines Verkehrshindernisses, z. B. hinter einem haltenden Straßenbahnwagen (s. § 21 g S. 2), nicht als ein „Aufstellen“ des Fahrzeugs betrachtet. Polizeivorschriften, die das Stehenlassen von Kraftfahrzeugen in bestimmten Straßen aus dem Gesichtspunkte des § 23 VerkVO. verbieten, sind auch fernerhin trotz der Regelung des § 21 g VerkVO. als rechtsgültig und verpflichtend zu erachten (so im Ergebnis auch BayObLG. v. 25. März 1927 und 10. Juni 1927, RevReg. I 109, 239/27).

Ein Urt. des KG. v. 29. April 1927, 1 S 265/27, erklärt den § 21 g VerkVO. als eine subsidiäre Vorschrift, die nähere Vorschriften nach Maßgabe des örtl. Bedürfnisses nicht ausschließe, sondern nur ergänze.

ObLGR. Dr. **Bezold**, München.

Karlsruhe.

24. Das Notgesetz v. 24. Febr. 1923 geht für die Dauer seiner Geltung dem § 365 RStGB. vor. Die obersten Landesbehörden können die Strafbarkeit übersitzender Gäste an andere Voraussetzungen als jene des § 365 StGB. knüpfen. Nach der BadVO. vom 11. April 1923/1. April 1924 bedarf es zur Bestrafung des Gastes nicht einer vorgehenden Mahnung durch den Wirt. †)

Das AG. hat die beiden Angekl. in erster Linie deshalb freigesprochen, weil die Aufforderung zum Fortgehen, von der nach § 365 StGB. die Bestrafung der übersitzenden Gäste abhänge, nicht erfolgt sei. Die Anwendung des § 365 StGB. durch das AG. beruht jedoch auf Rechtsirrtum: § 365 StGB. ist allerdings durch Art. I Notges. v. 24. Febr. 1923 nicht ausdrücklich aufgehoben worden. Das Notges. hat jedoch in seinem Art. I §§ 2 und 4 die Regelung der Polizeistunde auf eine ganz neue Grundlage gestellt. § 365 StGB. kann daher jedenfalls insoweit, als die Tatbestände des Notges. und der auf Grund desselben ergangenen AusfBest. gegeben sind, gegenüber diesen Bestimmungen für deren Dauer keine Geltung beanspruchen. Nach Art. I § 2 hatten die obersten Landesbehörden Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften zu erlassen. In § 4 Abs. 2 ist für denjenigen, der den auf Grund des § 2 erlassenen Vorschriften vorsätzlich zuwiderhandelt, Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten und Geldstrafe oder eine dieser Strafen angedroht, § 4 Abs. 3 enthält eine Strafandrohung für den Fall der fahrlässigen Zuwiderhandlung. Hiernach kann unmöglich angenommen werden, es sei lediglich Art und Maß der in § 365 StGB. bestimmten Strafe verschärft, im übrigen aber seien die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 365 StGB. nicht geändert worden. Wenn die obersten Landesbehörden Vorschriften über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde zu treffen hatten, so war ihnen damit auch die Befugnis erteilt, die Voraussetzungen, unter welchen die an einer Überschreitung der Polizeistunde möglicherweise beteiligten Personen bestraft werden sollten, im einzelnen zu regeln. Es stand den obersten Landesbehörden dabei frei, die Regelung des § 365 StGB. ohne weiteres zu übernehmen. Sie konnten aber auch abweichende Bestimmungen treffen. Keinesfalls waren sie an den Inhalt des § 365 StGB. gebunden. Die Freisprechung der Angekl. ist hiernach jedenfalls insoweit, als sie darauf beruht, daß die Angekl. nicht gemäß § 365 StGB. zum Verlassen der Wirtschaft aufgefordert worden seien, nicht haltbar; denn die Anwendung des § 365 StGB. ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen (KG. v. 17. Okt. 1924, OLG. Hamburg v. 6. Nov. 1924, OLG. Dresden v. 10. Juli 1925 in Bd. 1 der höchstrichterlichen Rechtspr. auf dem Gebiete des Strafrechts S. 44, 171, 362).

Das AG. hat die Freisprechung aber auch damit begründet, daß die auf Grund des Notges. für das Land Baden getroffene Regelung der Polizeistunde eine Änderung des früheren Rechtszustandes nicht gebracht habe, sich vielmehr mit § 365 StGB. in völliger Übereinstimmung befinde. Auch dieser Auffassung des AG. konnte sich das RevG. nicht anschließen. Maßgebend ist die VO. des BadInnMin. v. 11. April 1923 (GVOBl. 76) i. d. Fass. v. 1. April 1924 (GVOBl. 72). Während die §§ 1—3 und 5 dieser VO. über Beginn und Ende der Polizeistunde sowie über die Möglichkeit einer allgemeinen Verlängerung oder einer Abkürzung derselben nähere Bestimmungen treffen, ist in § 4 im einzelnen genau vorgeschrieben, wie sich einerseits die Wirte oder deren Stellvertreter und andererseits die Gäste beim Eintritt der Polizeistunde zu verhalten haben. Danach haben einerseits die Wirte oder deren Stellvertreter den Eintritt der Polizeistunde anzukündigen, das Wirtschaften nach Eintritt der Polizeistunde sofort einzustellen und die Gäste an die Entfernung zu mahnen. Andererseits haben die Gäste sich unverzüglich zu entfernen. Davon, daß die Verpflichtung der Gäste, sich unverzüglich zu entfernen, davon abhängen sollte, daß der Wirt vorher den Eintritt der Polizeistunde ankündigt und die Gäste an die Entfernung mahnt, enthält § 4 der VO. nichts. Es kann daher auch nicht angenommen werden, daß die Ankündigung der Polizeistunde oder eine Mahnung des Wirts an die Gäste die Voraussetzung der Strafbarkeit der über die Polizeistunde hinaus in der Wirtschaft verweilenden Gäste sei. Insbes. kann dies nicht daraus gefolgert werden, daß die Verpflichtung der Gäste im Ges. im unmittelbaren Anschluß an diejenige des Wirts geregelt ist. Die Pflicht der Gäste, sich unverzüglich zu entfernen, besteht unabhängig von einer Ankündigung oder Mahnung seitens des Wirts und ist daher auch selbständig strafbar. Ausgeschlossen ist, daß die VO. etwa stillschweigend das Erfordernis der vorherigen Mahnung aus dem § 365 hat herübernehmen und so aufrecht erhalten wollen.

(OLG. Karlsruhe, StS., Urt. v. 13. Jan. 1927, SR 172/26.)

Mitgeteilt von SenPräs. Buzengeiger, Karlsruhe.

*

Zu 24. Über das Verhältnis des § 365 StGB. zu §§ 2, 4 des Notges. v. 24. Febr. 1923 sind folgende Ansichten aufgestellt worden:

1. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 365 StGB. sind die gleichen geblieben. Nur die Strafdrohung hat sich verschärft. So das im vorliegenden Fall angefochtene Urteil des AG. Mannheim.

2. Die Landesbehörden können keine von dem § 365 I abweichende Anordnung an die Gäste erlassen. So OLG. Hamburg, ZStW. 45, 89.

3. Die Landespolizeibehörden können Vorschriften erlassen, welche es den Gästen zur Pflicht machen, auch ohne eine besondere Aufforderung nach Eintritt der Polizeistunde das Lokal zu verlassen; die Übertretung dieser Vorschriften fällt unter das Notges. § 4. So KG., GA. 70, 121; OLG. Celle, ZStW. 45, 488; OLG. Hamburg, ZStW. 46 Beil. 171.

4. Die zu erlassenden landesrechtlichen Vorschriften können die Regelung des § 365 ohne weiteres übernehmen; sie können aber auch abweichende Bestimmungen treffen. So das vorliegende Urteil des OLG. Karlsruhe.

5. Die Landesbehörden haben zwar die Befugnis, die Bestimmungen des § 365 außer Kraft zu setzen und zu modifizieren. Eine derartige Änderung ist aber nicht zu vermuten. So OLG. Darmstadt, ZStW. 46 Beil. 417.

6. Die Strafbarkeit der über die Polizeistunde hinaus verweilenden Gäste ergibt sich ohne weiteres aus der Festsetzung einer Polizeistunde in Verbindung mit § 4 II des Notges.; OLG. Dresden, ZStW. 46 Beil. 362; KG., ZStW. 46 Beil. 44. Ebenso wohl LeipzKomm.[3] § 365 vor Anm. 1 (durch Zustimmung zu dem angeführten Urteil des KG.).

7. Die von den Landesbehörden erlassenen Vorschriften müssen sich auch auf Gäste beziehen. Nur wenn sie sich ausschließlich auf den Wirt beziehen, ist § 365 I noch auf die Gäste anwendbar. Frank[17] § 365 Anm.

Von diesen Ansichten sind zunächst die unter 1 und 2 unhaltbar. Das Notges. bestimmt in § 2, daß die oberste Landesbehörde... Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde zu erlassen hat. Dabei ist vorzuschreiben..., wie die Einhaltung zu überwachen ist. Mit Vergehensstrafe wird nach § 4 des Notges. belegt, wer den erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt.

Die Ermächtigung an die Landesbehörden zu Vorschriften über „Handhabung" der Polizeistunde, über „überwachen" der Polizeistunde ist damit nicht auf Wirte beschränkt. Aber eine Pflicht, die Vorschriften auch auf die Gäste zu erstrecken, ist den angeführten Bestimmungen nicht zu entnehmen. Das Reichsnotges. sagt nicht, was im einzelnen zur Handhabung und Überwachung für erforderlich erachtet wird. Die Landesbehörde kann der Ansicht sein, es genüge, wenn man den Wirten die Pflicht auferlege, die Gäste hinauszuweisen. Damit ist auch die Ansicht 7 abgelehnt, welche glaubt, daß die polizeilichen Bestimmungen sich auch auf die Gäste beziehen müssen.

Die bloße Festsetzung einer Polizeistunde durch „die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde" (Notges. § 2), bedeutet noch keine Abänderung des bisherigen Rechtszustandes. Denn daß eine Polizeistunde festgesetzt wird, ist gegenüber dem bisherigen Zustande nichts Neues. Durch diese vom Reichsges. nunmehr verlangte Festsetzung allein wird also die bisherige Voraussetzung der Strafbarkeit nicht beseitigt, daß der Wirt die Gäste aufgefordert haben muß. Erst wenn die Landesbehörde neue Überwachungs- oder Handhabungsvorschriften wegen der Polizeistunde an die Gäste erläßt, machen diese sich durch Zuwiderhandlung gegen die neuen Vorschriften schuldig. Damit ist die Ansicht 6 abgelehnt, welche automatisch jede neue Polizeivorschrift gegen die Gäste gerichtet sein läßt, auch wenn sich die Vorschrift gar nicht gegen die Gäste richten will.

Es verbleiben noch die Ansichten 3—5, die an und für sich miteinander logisch vereinbar sind; es fragt sich nur, ob ihre Aufstellungen alle dem Ges. entsprechen.

Ein durchschlagendes Bedenken gegen die Ansicht 3, daß die Landesbehörde auch unmittelbar den Gästen Vorschriften über die Handhabung der Polizeistunde machen kann, besteht nicht. Andererseits ist es auch richtig, daß die Landespolizeibehörde die Befugnis hat, die Vorschriften des § 365 zu übernehmen (Ansicht 4). Zutreffend hat aber das OLG. Karlsruhe zugleich angenommen, daß abweichende Bestimmungen erlassen werden können, und daß sie für den Bezirk erlassen sind, in dem die Angekl. die Polizeistunde unbeachtet gelassen haben. Das Urteil ist demnach zu Recht ergangen.

Wie steht es aber bei obwaltenden Zweifeln, ob eine Vorschrift des Landesrechtes sich auch an die Gäste wendet und damit den § 365 I beseitigt? Eine Auslegungsregel des Inhalts: „Eine Änderung der Bestimmungen des § 365 ist nicht zu vermuten, sondern muß ausdrücklich erklärt werden, so daß im Zweifelsfalle § 365 in vollem Umfange weiterbesteht" (Ansicht 5), geht zu weit, da sie sich aus dem Notges. schlechterdings nicht nachweisen läßt. Es ist vielmehr mit allen Auslegungsmitteln der Sinn der landesrechtlichen Vorschrift zu erforschen, und es entscheidet letzten Endes die größere

Kiel.

25. Die Benutzung von Meßgeräten bei Naturalentgelt unterliegt den Bestimmungen der §§ 6, 11, 22 Maß- u. GewichtO. v. 30. Mai 1908. †)

Der Vorderrichter hat festgestellt, daß bei dem Angekl. eine ungeeichte Dezimalwaage mit den dazu gehörigen, ebenfalls nicht geeichten Gewichten vorgefunden worden ist. Er verneint aber, daß der Angekl. diese Geräte im öffentl. Verkehr angewendet oder bereitgehalten hat. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob das angef. Urt. mit ausreichender Deutlichkeit ergibt, daß der Angekl. seine Kartoffelernte nicht bloß nur zentnerweise verkauft, sondern auch nur zentnerweise verwiegt; bei dem festgestellten Sachverhalte ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß er bei Abgabe der Kartoffeln diese zwar nach Zentnern verkauft, sie aber nach halben Zentnern verwiegt. Wenn auch das angef. Urt. dahin zu verstehen ist, daß das letztere hat ausgeschlossen werden sollen, ist die Freisprechung des Angekl. gleichwohl nicht hinreichend begründet. Auch wenn ihm nicht nachzuweisen ist, daß er die Waage und die beanstandeten Gewichte zum Wägen im öffentl. Verkehr angewendet hat, kann er die Geräte doch dazu bereitgehalten haben. Auch das läßt sich nicht abschließend beurteilen, da es im angef. Urt. an jeglicher Feststellung über Art und Umfang des landwirtschaftlichen Betriebes des Angekl. fehlt. Es ist nicht ersichtlich, ob der Angekl. Knechte, Arbeiter oder sonstige Angestellte in seinem Betriebe beschäftigt oder ob er allein tätig ist. Wenn er fremde Kräfte eingestellt hat, so würde sich fragen, ob diese außer Barlöhnung auch Naturalien, sog. Deputat, bekommen. Bejahendenfalls wäre zu prüfen, ob nicht die Möglichkeit und eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, daß das Deputat vor Abgabe an die Bediensteten auf der ungeeichten Waage verwogen wird. Solange das nicht ausgeschlossen ist, kann die Freisprechung des Angekl. nicht aufrechterhalten werden, da die Waage auch in diesem Falle als zum Wägen im öffentl. Verkehr bereitgehalten zu gelten hätte.

Dahingestellt bleiben kann hier, ob der Angekl. die ungeeichten Wiegegeräte etwa zu sog. Kontrollwägungen beim Wiegen von Getreide vor dessen Abgabe an den Müller — zwecks Kontrolle der zurückgelieferten Mehlmenge — benutzt hat. Im vorl. Falle würde die Benützung der ungeeichten bzw. nicht vorschriftsmäßig nachgeeichten Wiegegeräte zu derartigen Kontrollwägungen keinen Verstoß gegen die Bestimmungen der Maß- u. GewichtsO. enthalten haben, weil nach dem festgestellten Sachverhalt der Angekl. nur Kartoffeln, nicht aber auch Mehl verkauft und demgemäß diese Kontrollwägungen nicht in Ausübung eines Gewerbes erfolgt sein würden. Anders läge es nur dann, wenn die Waage mit den Gewichten auch für Kontrollwägungen beim Kartoffelverkauf in Frage käme.

(OLG. Kiel, StS., Urt. v. 5. Jan. 1927, S 218/26.) *

Königsberg.

26. § 2 Abs. 2 StGB. findet auf die vor dem 1. April 1926, dem Tage des Inkrafttretens des die Weinsteuer aufhebenden G. vom 31. März 1926, begangenen Weinsteuerhinterziehungen nicht Anwendung. †)

§ 2 Abs. 2 StGB., nach dem bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist, ist nur dann anwendbar, wenn die Aufhebung des in Betracht kommenden Gesetzes auf geänderter Rechtsauffassung beruht. Ein solcher Verzichtswille ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn die Aufhebung erfolgt ist, weil die tatsächlichen Verhältnisse, die das Gesetz regeln sollten, sich geändert haben, oder wenn die Geltungsdauer des Gesetzes von vorneherein für bestimmte Zeit oder bis auf weiteres angeordnet war (sog. temporäres Gesetz).

Um ein solches temporäres Gesetz handelt es sich bei dem WeinStG., das in seinen früheren Fassungen vom 26. Juli 1918, 25. Juni 1923, 12. Febr. 1924 und 26. Juni 1925 nur für ganz bestimmte Zeit, zuletzt für die Zeit bis zum 31. Aug. 1925 erlassen war; wenn dann in dem Gesetz v. 10. Aug. 1925 eine bestimmte Zeitdauer nicht mehr festgesetzt ist, so beruht dies lediglich darauf, daß man angesichts der Finanzlage des Reichs einen bestimmten Zeitpunkt für das Außerkrafttreten noch nicht glaubte festsetzen zu können. Bei dieser Sachlage war das Gesetz v. 10. Aug. 1925 zwar nicht mehr für *bestimmte* Zeit erlassen, wohl aber muß es, da eine spätere Außerkraftsetzung von vorneherein in Aussicht genommen war, als nur *bis auf weiteres* erlassen betrachtet werden.

Sodann beruht, wenn das WeinStG. mit Wirkung vom 1. April 1926 aufgehoben ist, dies offenbar nicht auf einer geänderten, geläuterten *Rechts*anschauung etwa dahin, daß der Gesetzgeber zu der Einsicht gekommen wäre, die Erhebung der Steuer sei rechtlich unbegründet und deshalb schon immer unberechtigt gewesen, die Bestrafung von Weinsteuerhinterziehungen sein in Wahrheit nicht als strafwürdig anzusehen. Vielmehr beruht die Aufhebung zweifellos darauf, daß man, zum Teil infolge der Winzerkrawalle, die wirtschaftliche Lage der Winzer nicht mehr für günstig genug hielt, von ihnen die Weinsteuer auch noch nach dem 1. April 1926 weiter zu erheben, also auf Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.

Daß diese Auffassung richtig ist, dafür spricht auch die Fassung des Ges. v. 31. März 1926, wonach das WeinStG. für die Zeit

---

Wahrscheinlichkeit für den einen oder anderen Sinn. Es hat nicht etwa die eine Ansicht den Vorsprung, bis sie durch Gegenbeweise besiegt ist. Nur das ist zuzugeben, daß, wie gegenüber allen jüngeren Ges. und Rechtsvorschriften, die ältere Vorschrift so lange fortgilt, als nicht ein Aufhebungswille irgendwie erkennbar wird.

Prof. Dr. *Köhler*, Erlangen.

Zu 25. Der schon wiederholt gekennzeichnete Standpunkt des RevGer. zum Geschäftsverkehr des Landwirts mit dem Müller und gerade die gleichzeitige Erwähnung des Falles der Deputatentlohnung von Hofarbeitern geben Veranlassung, zu der Überschrift, zu welcher in den obigen Gründen eine Für- und eine Widerstellung eingenommen wird, eine einheitliche Klärung zu suchen.

Naturalentgelt des ländlichen Erzeugers kann in verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften vorkommen.

In JW. 1926, 1042 Anm. zu 2 habe ich in Einzelfällen angeführt, daß in der Rspr. bei *Warentausch* nach Maß oder Gewicht die Eichpflicht unwidersprochen für gegeben erachtet wird.

Abgesehen hiervon gleicht der Landwirt aber auch noch gern *Arbeitsleistungen*, sei es von Hand oder von Maschinen durch Naturalien ab.

Bis auf das OLG. Celle (JW. 1925, 2276) haben niedere und höhere Gerichte, wie auch das RevGer. in wiederholter Rspr., die Deputatentlohnung ländlicher Arbeiter nach Maß oder Gewicht als eichpflichtigen Verkehr i. S. §§ 6, 11, 22 Maß- u. GewichtsO. bezeichnet.

Wenig einheitlich ist die Rspr. im Falle des Mahlauftrags des Landwirts an den Müller.

In diesem Geschäftsverkehr kommen freilich unterschiedliche Fälle vor.

Bezahlt der Landwirt die Mahlarbeit mit Geld, so wird § 22 Maß- u. GewichtsO. überhaupt nicht berührt.

Wünscht der Landwirt sein Getreide in eine bestimmte Menge Mehl des Müllers umzutauschen, so fällt das Handelsgeschäft unter den *Warentausch*, also wie oben gesagt, unter den gewerblichen Verkehr des Landwirts i. S. der §§ 6, 11, 22 Maß- u. GewichtsO. (so die einzig hierzu bekannt gewordene Entsch. des AG. Zeitz v. 3. Mai 1926, 2 E 46/26).

Entschädigt aber der Landwirt den Müller für das Mahlen durch eine bestimmte Menge Getreide, so liegt Naturalentgelt vor, und es besteht, grundsätzlich in der Entschädigungs*art* kein Unterschied mit dem Falle der Deputatentlohnung.

Gar nicht berührt kann die Stellung zu unserer Überschrift davon werden, ob der Landwirt das zurückerhaltene Mehl an Dritte veräußert oder selbst verbraucht.

Auch darf die Menge des Naturalentgelts im Einzelfalle keine Rolle spielen; durch die Fruchtfolge im Anbau kann es bei kleinen Landgütern freilich vorkommen, daß der Absatz von Getreide an den Müller für das Mahlen einmal geringer in der Menge ausfällt als ein anderes Mal, bei Großgütern wird er verhältnismäßig groß sein, schließlich wiederholt sich aber auch dieser Geschäftsverkehr jährlich nach der Ernte, so daß der Begriff des Gewerbes beim Landwirt in derartigem Verkehr mit dem Müller wird als erfüllt gelten müssen.

Darin ist die Rspr. einheitlich, daß auch sog. Kontrollwägungen des Landwirts stets dann unter das Eichgesetz fallen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Absatz von Erzeugnissen des Landwirts an Dritte stehen. Entschädigt der Landwirt aber den Müller für das Mahlen mit Geld, so werden des Landwirts Kontrollwägungen zur Feststellung der zurückerhaltenen Mehlmenge wohl zum eichpflichtigen Verkehr zu rechnen sein, aber eine Bestrafung des Landwirts bei Benutzung ungeeichter Meßgeräte gem. § 22 Maß- u. GewichtsO. ist nicht möglich, da er nicht in Ausübung eines Gewerbes handelt, denn er setzt bei diesem Rechtsgeschäft keine Ware ab. Dies wäre übrigens ein Fall, in dem Gebots- und Verbotsvorschriften des Eichgesetzes sich nicht decken.

Nach alledem kann ich zu dem in der Überschrift gegebenen Satze mit dem AG. Quedlinburg (Urt. v. 10. Juni 1926, 2 E 73/26) und mit dem BayObLG. (Urt. v. 21. Juli 1925, JW. 1926, 1042) gegenüber den Einstellungen des RevGer. Kiel und des OLG. Celle (Urt. v. 21. Aug. 1925, 3 S 245/25) nur eine *uneingeschränkt* bejahende Stellung einnehmen.

RegRat Dr. *Drewitz*, Berlin.

Zu 26. Vom Standpunkt der herrschenden Praxis mit ihrer Sonderbehandlung der sog. temporären Gesetze aus wird sich gegen das Urt. nichts einwenden lassen. An der Willkürlichkeit und Unsicherheit der ganzen Abgrenzung und Sonderregelung, die nun allerdings nach § 3 Satz 2 des Strafgesetzentw. von 1927 nicht nur interpretativ, sondern gesetzlich festgelegt werden soll, ändert dies freilich nichts (s. ZStrW. 42, 377 ff.).

Prof. Dr. Edm. *Mezger*, Marburg.

v. 1. April 1926 außer Kraft gesetzt ist; denn dadurch ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß von diesem Zeitpunkt ab eine Weinsteuer nicht mehr zu erheben sei und damit auch Hinterziehungen wegfielen, daß aber für die Zeit bis zum 1. April 1926 erwachsenen Steueransprüche und dementsprechend auch die aus Hinterziehungen entstandenen Strafansprüche unberührt bleiben.

(OLG. Königsberg, StS, Urt. v. 30. Aug. 1926, S 209/26.)

Mitgeteilt von OLGR. Steloff, Königsberg.

Berlin. II. Verfahren.

27. §§ 44, 45 StPO. **Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht am Platze, wenn tatsächlich keine Frist versäumt ist, das Gericht vielmehr nur irrtümlich eine Frist für versäumt erachtet hat. A. M. OGer. Danzig: JW. 1927, 830. Zurücknahme oder Abänderung der auf Grund der irrtümlichen Annahme ergangenen Entscheidung ist unstatthaft. A. M. RGSt. 59, 419 und RG. JW. 1927, 395 sowie Löwe-Rosenberg 17. Aufl., Anm. 7 zu § 44 StPO.**

Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der ordnungsmäßigen Begründung der gegen das Urt. der StK. eingelegten Rev. kann auf die zu seiner Begründung vorgetragene Behauptung, die auf den RA. F. ausgestellte Vollmachtsurkunde, deren Fehlen in den Akten den Sen. zu seinem die Rev. verwerfenden Beschl. v. 30. April 1927 bestimmt hat, sei mit der Revisionsbegründungsschrift des gen. RA. dem Gericht eingereicht worden, nicht gestützt werden; denn, wenn diese Behauptung richtig ist, hat der Verurteilte eine Frist nicht versäumt; die ihm nachteilige Entsch. würde vielmehr darauf allein beruhen, daß der Sen. aus dem Fehlen der Vollmachtsurkunde zu Unrecht den Schluß gezogen hätte, daß die Vertretungsmacht des RA. nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nachgewiesen sei. Somit sind die Voraussetzungen des § 44 StPO. hier nicht gegeben. Diese Bestimmung entsprechend hier anzuwenden, wie es in einem ähnlichen Fall das Obergericht Danzig (JW. 1926, 830) getan hat, hält der Sen. nicht für statthaft, da eine Analogie stets nur da zulässig ist, wo die Annahme begründet erscheint, daß das Ges. seinem Zwecke nach auch den von ihm nicht geregelten Fall hat treffen wollen, hier aber kein Anhalt für eine solche Annahme gegeben ist. Der Sen. vermag aber auch die Ansicht von Löwe-Rosenberg (Anm. 7 zu § 44 StPO.), nach der Entsch., die auf einer irrtümlichen Annahme des Gerichts beruhen, einfach aufzuheben oder abzuändern sind, soweit es sich um die in letzter Instanz ergangenen Entsch. handelt, nicht zu billigen. Die Begründungen, mit denen der 1. StS. des RG. im Beschl. v. 13. Nov. 1925 (RGSt. 59, 419) und der 2. StS. im Beschl. v. 11. Okt. 1926 (JW. 1927, 395) diesem Vorschlage gefolgt sind, erscheinen nicht stichhaltig. Der Wunsch, in einem Einzelfall jemanden von dem Nachteil zu befreien, der ihm infolge des Versehens einer Gerichtsbehörde erwachsen ist, kann und darf nicht zur Abweichung von dem Grundsatz führen, daß die Aufhebung oder Abänderung gerichtlicher Entsch. nur in den vom Ges. vorgesehenen Fällen, nämlich auf Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe erfolgen darf, einem Grundsatze, der allein eine geordnete Rechtspflege gewährleistet, zumal da das Begnadigungsrecht der Staatsregierung die Möglichkeit gibt, in Fällen, in denen der durch Irrtum des Gerichts herbeigeführte Verlust eines Rechtsmittels zur Aufrechterhaltung einer sachlich nicht gerechtfertigten Entsch. geführt hat, diese zu beseitigen oder zu mildern. Hiernach konnte dem Wiedereinsetzungsgesuch nicht stattgegeben werden.

(KG., 2. StS., Beschl. v. 9. Juli 1927, 2 W 317/27.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

28. § 359 Ziff. 5 StPO. **Die Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem ist kein Wiederaufnahmegrund.**

Nach der ständigen Rspr. des 1. StS. des KG. (vgl. Beschl. v. 5. März 1903, 1 W 105/06: DJZ. 1906, 657 und Beschl. v. 24. Sept. 1926, 1 W 110/26) kann das Wiederaufnahmegesuch auf die Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem nicht gestützt werden. Im Falle des § 359 Ziff. 5 StPO. richtet sich der Wiederaufnahmeantrag gegen die Entsch. der Schuldfrage. Nach Löwe-Rosenberg, 17. Aufl., Anm. 20 zu § 359 StPO. sind ihr zwar alle Fragen gleichzustellen, die die Existenz und das Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs betreffen, also insbes. auch die Frage der rechtskräftigen Aburteilung. Dieser Ansicht vermag der Sen. aber nicht beizutreten. Die rechtskräftige Aburteilung hat mit der in diesem Verfahren allein nachzuprüfenden Schuldfrage nichts zu tun; sie hat vielmehr nur für die Frage Bedeutung, ob der Strafanspruch des Staates noch besteht. Eine Prüfung dieser Frage kann nicht zum Gegenstande des Wiederaufnahmeverfahrens gemacht werden, weil dessen Zweck lediglich eine neue Prüfung der Tatfrage ist, Verstöße gegen das sachliche Recht und prozeßrechtliche Vorschriften jedoch durch das Wiederaufnahmeverfahren nicht beseitigt werden können. Der erk. Sen. trägt deshalb kein Bedenken, der Rspr. des 1. StS. im Ergebnis beizutreten.

(KG., 2. StS., Beschl. v. 22. Jan. 1927, 2 W 693/26.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

29. § 359 Ziff. 2, 5 StPO. **Jeder Wiederaufnahmeantrag, der so gedeutet werden muß, daß er sich auf der Behauptung aufbaut, die Grundlage des Urt. sei durch eine Verletzung der Eidespflicht zustande gekommen, ist nur aus § 359 Ziff. 2 StPO. zuzulassen †)**

Das Vorbringen des Verurteilten läuft auf die Behauptung hinaus, der Zeuge H. habe sich durch seine vor dem Schwurgericht zuungunsten des Verurteilten abgelegte Aussage einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht und sei dazu von den Zeugen M. und N. angestiftet worden. Ein Wiederaufnahmeantrag aber, dessen Bestreben dahin geht, die in einer eidlichen Bekundung bestehende Grundlage des Urteils durch die Behauptung aus der Welt zu schaffen, daß der Urheber dieser Bekundung sich durch sie einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Eidesverletzung schuldig gemacht habe, kann nach der festen Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht auf § 359 Ziff. 5, sondern nur auf § 359 Ziff. 2 StPO. gestützt werden (vgl. Beschl. v. 6. Nov. 1926, 2 W 608/26).

Der Gesetzgeber hat die Zulässigkeit eines Antrags aus § 359 Ziff. 2 StPO. davon abhängig gemacht, daß wegen der behaupteten Eidesverletzung eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist oder die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens wegen dieser Eidesverletzung aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann. Das hat seinen guten Grund. Die Erfahrung lehrt, daß es nicht schwer ist, Zeugen zu finden, die bereit sind, die Glaubwürdigkeit eines anderen Zeugen in Frage zu stellen, daß die Erschütterung einer Aussage durch anders lautende Bekundungen um so eher möglich ist, je später die Verhandlung nach dem Ereignis, über das auszusagen ist, stattfindet, da das Erinnerungsvermögen des Zeugen inzwischen gelitten hat und seine Aussage nicht einen so sicheren Eindruck machen wird, wie sie es bald nach dem Ereignis getan haben würde, und daß daher in der Regel in einem wiederaufgenommenen Verfahren die Anfechtung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen eher Erfolg verspricht als in dem ersten Verfahren. Unter solchen Umständen würde Anträgen auf Wiederaufnahme des Verfahrens, die sich auf die Behauptung gründen, die Aussagen, die zur Verurteilung geführt haben, seien unwahr, Tür und Tor geöffnet sein und der grundlegenden Bedeutung, die der eidlichen Aussage auf allen Gebieten der Rechtsprechung zukommt, im weitesten Maße Abbruch getan werden, wenn nicht § 364 StPO. die Fälle, in denen die Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Behauptung einer Eidesverletzung erreicht werden kann, einschränkte. Der Wille des Gesetzgebers, Wiederaufnahmeanträgen, die auf Grund der Behauptung einer strafbaren Handlung gestellt sind, einen Riegel vorzuschieben, wenn die strafbare Handlung nicht durch eine rechtskräftige Verurteilung bewiesen wird, muß zu der Auffassung führen, daß im § 359 Ziff. 2 StPO. alle Fälle, in denen die Behauptung einer Eidesverletzung zur Erschütterung der Grundlage des Urteils führen soll, erschöpfend geregelt sind und es nicht dem Belieben des Antragstellers überlassen ist, zu wählen, ob er den Antrag auf § 359 Ziff. 2 oder § 359 Ziff. 5 StPO. stützen und ob

---

Zu 29. Das Urteil läßt die erforderliche Klarheit vermissen. Es spricht auf der einen Seite davon, der § 359 Ziff. 5 StPO. könne keine Anwendung finden, wenn die Begründung des Wiederaufnahmeantrags darauf hinauslaufe, der Zeuge, dessen Aussagen als unrichtig bezeichnet werden, habe sich „durch seine Aussage einer *vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht* schuldig gemacht“ — auf der anderen Seite davon, daß dies überhaupt stets dann gelte, wenn die „*Glaubwürdigkeit*“ des Zeugen angefochten, wenn behauptet werde, „die Aussagen, die zur Verurteilung geführt haben, seien *unwahr*“. Beides ist natürlich nicht dasselbe.

Daß es unmöglich sein soll, i. S. des § 359 Ziff. 5 StPO. geltend zu machen, die Bekundung eines Zeugen sei *objektiv unwahr*, seine Glaubwürdigkeit unterliege *objektiven* Bedenken, ohne daß dem Zeugen hierwegen der Vorwurf, sei es der vorsätzlichen, sei es der fahrlässigen strafbaren Eidesverletzung (§§ 359 Ziff. 2, 364 StPO.) gemacht wird, kann schlechterdings nicht angenommen werden. Es hieße ohne gesetzlichen Grund in einer gesetzwidrigen Weise die dem Verurteilten in § 359 Ziff. 5 StPO. gewährten prozessualen Rechte beschneiden, wollte man ihm diesen Nachweis objektiver Unwahrheit und Unzuverlässigkeit zur Erreichung eines günstigeren Urteils versagen. Denn §§ 359 Ziff. 2, 364 StPO. betreffen offensichtlich nur den Fall, in dem es sich von vornherein um eine *strafbare* Eidesverletzung handelt, und schließen daher in nichts eine andersartige Regelung des Falles aus, in dem eine solche Verletzung gar nicht in Betracht kommt.

Es wäre nun allerdings schwer verständlich, warum beim Verdacht einer *strafbaren* Eidesunrichtigkeit der Verurteilte schlechter gestellt sein, d. h. auf §§ 359 Ziff. 2, 364 StPO. beschränkt und von § 359 Ziff. 5 StPO. ausgeschlossen sein sollte. Das ist auch gar nicht der Wille des Gesetzes: **beide Rechtsbehelfe sollen dem Verurteilten auch hier wahlweise zu Gebote stehen.**

er damit die Bestimmung des § 364 StPO. umgehen will. Der von Loewe-Rosenberg, StPO., 17. Aufl. Anm. 1 zu § 364 ausgesprochenen Ansicht, daß ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, der zwar das Vorliegen einer Eidesverletzung behaupte, sich aber nicht darauf gründe, aus § 359 Ziff. 5 StPO. hergeleitet werden könne, kann hiernach nicht beigepflichtet werden; vielmehr ist jeder Antrag, der dahin gedeutet werden muß, daß er sich auf der Behauptung aufbaut, die Grundlage des Urteils sei durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Eidespflicht zustande gekommen, nur aus dem Gesichtspunkt des § 359 Ziff. 2 StPO. zuzulassen. Der Zulassung des vorliegenden Antrags steht insoweit, als er sich auf Eidesverletzung stützt, der Umstand entgegen, daß die Voraussetzungen des § 364 StPO. nicht gegeben sind.

(KG., 2. StS., Beschl. v. 5. Febr. 1927, 2 W 36/27.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

Celle.

30. §§ 25, 28 GVG. **Nachdem die Anklage vor Inkrafttreten der VO. v. 4. Jan. 1924 erhoben und nach diesem Zeitpunkt von der Staatsanwaltschaft ein Antrag gem. § 25 Ziff. 2c GVG. § 42 gen. VO. auf Verhandlung vor dem Einzelrichter nicht gestellt worden war, war für die Verhandlung über den Angekl. zur Last gelegte, mit einer höheren als sechsmonatigen Gefängnisstrafe bedrohte Vergehen der Hehlerei nach §§ 25, 28 GVG. in erster Instanz das Schöffengericht und folglich in zweiter Instanz die große StK. zuständig. †)**

(OLG. Celle, StS., Beschl. v. 14. Jan. 1927, 3 S 382/26.)

Mitgeteilt von RA. Falkenfeld, Frankfurt a. d. O.

*

Dresden.

31. § 159 GVG.; §§ 230 Abs. 2, 233, 236 StPO. **Ein vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbundener Angekl., der vor dem ersuchten Richter nicht zur Vernehmung erscheint, kann auf Verlangen des Prozeßgerichts festgenommen und dem ersuchten Richter vorgeführt werden. †)**

Angekl. bat jedesmal fast mit den gleichen Worten, neuen Termin für später anzusetzen oder doch seine Vernehmung vor dem Gericht seines Wohnsitzes (Dresden) zu bestimmen. Das ersuchende Gericht faßte diese Bitte als Antrag um Entbindung von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung auf und ließ den entsprechenden Beschluß dem Angekl. durch das ersuchte Gericht, das gleichzeitig um kommissarische Vernehmung des Angekl. zur Anklage ersucht wurde, eröffnen. In den Terminen vor dem ersuchten Richter erklärte der Angekl. wiederholt, er wolle nicht vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden werden. In dem vom ersuchten Gericht zuletzt anberaumten Termin ist er schließlich überhaupt nicht mehr erschienen, worauf das ersuchte Gericht die Akten unerledigt zurückgab. Nachdem das AG. O. als ersuchendes Gericht nochmals das förmliche Ersuchen um kommissarische Vernehmung des Angekl., gegebenenfalls unter Anwendung von Zwangsmitteln, an das AG. D. als ersuchtes Gericht gestellt hatte, hat dieses das Ersuchen abgelehnt mit der Begründung, daß es der gesetzlichen Grundlage für die begehrte Amtshandlung entbehre.

Das ersuchende Gericht hat nunmehr vom OLG. eine Entscheidung gemäß § 159 GVG. begehrt und u. a. geltend gemacht: Das Prozeßgericht ist, auch wenn der Angekl. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden ist, stets befugt, gegen den nicht erschienenen oder nicht erscheinenwollenden Angekl. Vorführungsbefehl oder Haftbefehl zu erlassen.

Der ersuchte Richter legte in seinem Ablehnungsbeschluß besonderen Nachdruck darauf, daß die §§ 230 und 236 StPO. in der StPO. unter dem Titel „Hauptverhandlung" stehen. Er schließt daraus, daß die Anwendung dieser Bestimmungen nur im Rahmen einer Hauptverhandlung möglich sei.

In diesem 6. Abschnitt „Hauptverhandlung" findet sich aber auch der § 233 StPO. In Abs. 2 und 3 dieser Bestimmung heißt es: „Wird der Angeklagte von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden, so muß er ... durch einen ersuchten Richter über die Anklage vernommen werden."

Diese Bestimmung ist ein Analogon zur kommissarischen Beweisaufnahme gemäß § 223 StPO. Es bestehen keine Zweifel, daß der ersuchte Richter einen nicht erschienenen Zeugen mit Zwangsmitteln zum Erscheinen veranlassen kann. Wenn die Ansicht des ersuchten Richters über die Unmöglichkeit der Zwangsgestellung eines Angekl. mit dem Gesetz in Einklang zu bringen wäre, so könnte § 233 StPO. nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Angekl. freiwillig vor dem ersuchten Richter erscheint.

Der Hinweis des ersuchten Richters, daß das Prozeßgericht den Angekl. gemäß § 236 StPO. von D. nach O. holen könne, wenn er vor dem Richterkommissar freiwillig nicht erscheine, ist nicht stichhaltig. Durch die VO. vom 4. Jan. 1924 ist das Anwendungsgebiet des ehemaligen § 232 StPO. erweitert worden. War früher Voraussetzung große Entfernung und ein bestimmtes Höchstmaß der zu erwartenden Strafe, so hat man jetzt diese Erschwerung fallen gelassen und dem Ge-

---

Es kann insoweit auf die überzeugenden Ausführungen bei Löwe a. a. O. § 364 Nr. 1 und die dort genauer angegebene Literatur und Judikatur verwiesen werden: die Ansicht von West (ZStW. 16, 247 ff.; GerS. 56, 180; 61, 147; Recht XII, 574; DJZ. VII, 197), der sich das KG. angeschlossen hat, es genüge auch die „indirekte" Behauptung einer Eidesverletzung, kann nicht gebilligt werden. Die richtige Ansicht vertreten z. B. Köln, Celle, BayObLG. u. a. Sie wird schon durch den Wortlaut des § 364 StPO. bestätigt, der nicht nur verlangt, daß eine strafbare Eidesverletzung behauptet, sondern daß der Antrag auf diese Behauptung „gegründet" wird.

Das vorliegende Urteil verdient daher keine Zustimmung.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

Zu 30. Rechtsirrtümlich hält das Urt. die zutreffend als vorliegend erachtete sachliche Unzuständigkeit des erk. Gerichts für einen Mangel einer Prozeßvoraussetzung. Der Begriff der Prozeßvoraussetzung ist bestritten. In der StPO. und ZPO. findet er sich nicht. Aber schon der Wortbegriff läßt erkennen, daß es sich dabei um Tatsachen handelt, die vorliegen müssen, damit überhaupt ein Strafprozeß geführt werden darf. Demgemäß definiert Rosenberg: ZStW. 36, 523 „Prozeßvoraussetzungen als diejenigen Tatsachen, von deren Existenz Einleitung und Fortsetzung eines Strafverfahrens abhängig ist und die somit vorliegen müssen, wenn der erhobene Anspruch zur Prüfung und Entsch. zugelassen werden soll". Läge eine solche Prozeßvoraussetzung vor, so wäre sie allerdings von Amts wegen ohne Rücksicht auf eine dahin zielende Prozeßrüge zu berücksichtigen gewesen, weil sie, sobald ihr Vorliegen vom Strafrichter erkannt wird, in jeder Lage des Verfahrens zu seiner Einstellung führen muß (vgl. RGSt. 17, 51; 41, 152; 45, 281; auch Löwe-Rosenberg, Vorbem. z. Buch 2 Abs. 1, IV). Daß die sachliche Unzuständigkeit eines an sich zur Aburteilung von Strafsachen berufenen ordentlichen Gerichts einen Mangel einer Prozeßvoraussetzung nicht darstellt, bedarf nach Vorstehendem keiner weiteren Begründung. Zudem ergibt § 338 Nr. 4 StPO., daß die sachliche Unzuständigkeit ein absoluter Prozeßverstoß ist, der gem. § 352 Abs. 1 StPO. zur Aufhebung eines angefochtenen Urt. nur führt, wenn dieser Mangel vom Beschwerdeführer form- und fristgerecht gerügt worden ist. Dies war vorliegend nicht geschehen, und es ist daher das obige Urt. mit den Bestimmungen der StPO. unvereinbar.

JR. Dr. Siegfr. Löwenstein, Berlin.

Zu 31. Der Gedankengang, daß die Vernehmung eines, vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbundenen, Angekl. vor dem ersuchten Richter als ein „vorweggenommener Teil der Hautverhandlung" anzusehen, der ersuchte Richter daher beim Ausbleiben des ordnungsgemäß geladenen Angekl. auch zur Anordnung der Zwangsmaßnahmen des § 230 Abs. 2 StPO. befugt ist, erscheint an und für sich durchaus schlüssig, die Begründung der Weigerung des ersuchten Richters daher unzutreffend. Bei der Entscheidung der Frage aber, ob seine Weigerung im konkreten Falle nicht dennoch berechtigt war, sind zwei Bedenken übersehen worden. Erstens: Nur „auf seinen Antrag" kann der Angekl. nach § 233 vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden werden. Ein solcher Antrag ist hier nicht gestellt worden und kann m. E. mit dem Ersuchen des Angeklagten, einen späteren Termin anzuberaumen oder „doch seine Vernehmung am Gericht seines Wohnortes zu bestimmen" um so weniger identifiziert werden, als der Angekl. demnächst vor dem ersuchten Richter seinen Antrag gewissermaßen authentisch dahin interpretierte, daß er vom Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht entbunden zu sein wünschte. Bedeutet ja doch ein diesbezüglicher Antrag das Einverständnis des Angekl. nicht nur mit der Verhandlung in seiner Abwesenheit, sondern auch mit der Aburteilung nach einem von dem Eröffnungsbeschluß abweichenden anderen rechtlichen Gesichtspunkt. Denn allerdings muß m. E. angenommen werden, daß der Angekl. damit, ebenso wie auf die Beiwohnung bei den übrigen prozessualen Vorgängen, insbesondere bei der Beweisaufnahme und auf die Fragestellung an die Zeugen, auch auf die Anhörung des Hinweises aus § 265 und die Stellungnahme hierzu verzichtet. Der bei Löwe-Rosenberg (17. Aufl. Anm. 6 zu § 233) vorgeschlagene Ausweg, daß eintretendenfalls eine neue kommissarische Vernehmung beschlossen werden muß, findet in der derzeitigen StPO. keine Stütze. Der beste Beweis dafür ist, daß die Entwürfe zu einer neuen StPO. von 1908, 1909 und 1919 die Aufnahme einer ausdrücklichen diesbezüglichen Vorschrift für notwendig erachteten. Zweitens muß aber auch bezweifelt werden, daß von einem die Anwendung der Maßnahmen des § 230 Abs. 2 rechtfertigenden „Ausbleiben" des Angekl. bei dem ersuchten Richter gesprochen werden kann, da er ja auf dessen Ladung wiederholt erschienen ist und immer erklärt hat, er wolle vom Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht entbunden sein.

Es mag sein, daß in einem Fall wie dem vorliegenden auch Eigensinn und Renitenz des Angekl. eine Rolle spielen kann, obgleich man sich auch vorstellen kann, daß der Angeklagte aus berech-

nicht gestattet, in allen Fällen bei einem Verfahren vor dem AR. oder dem SchG. den Angekl. auf Antrag von seiner Erscheinungspflicht zu entbinden. Diese Änderung ist geschehen sowohl im Interesse des Angekl. wie im Interesse der Rechtspflege. Es soll insbesondere dem Staat nicht zugemutet werden, für einen unvermögenden Angekl. Transport und Verpflegungskosten in einem Maße aufzuwenden, das mit einer vernünftigen Strafrechtspflege und einer sparsamen Staatswirtschaft nicht in Einklang gebracht werden kann.

Im Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, daß die Vernehmung des Angekl. durch den ersuchten Richter die mündliche Vernehmung des Angekl. in der Hauptverhandlung ersetzen soll. Der gleichen Auffassung ist die Rechtsprechung des RG. Die kommissarische Vernehmung des Angekl. erscheint als vorweggenommene Gewährung des rechtlichen Gehörs und vertritt ein wesentliches Stück der Hauptverhandlung. Wenn das RG. der Meinung ist, daß die vorgeschriebene Vernehmung des Angekl. ein Ersatz der sonst in der Hauptverhandlung zu bewirkenden mündlichen Vernehmung ist (RGSt. 27, 273), die etwaigen bei ihr gestellten Anträge des Angekl. als an das erkennende Gericht gebracht und als in der Hauptverhandlung selbst gestellt zu erachten sind (RGSt. 10, 135), so wird dieser vom RG. gezogene Rahmen nicht überschritten, wenn man feststellt, daß die nach § 233 Abs. 2 StPO. **notwendige** Vernehmung durch einen ersuchten Richter selbst ein notwendiges Stück der Hauptverhandlung ist, und dies um so mehr, als das Vernehmungsprotokoll in der Hauptverhandlung vor dem Prozeßgericht verlesen werden muß. Der ersuchte Richter ist kraft des Ersuchens Prozeßrichter, er hat den Angekl. über die Anklage zu vernehmen (§ 233 Abs. 2 StPO.), d. h. ebenso zu handeln, als wenn er als Vorsitzender in der Hauptverhandlung selbst den Angekl. zu vernehmen hätte (§ 238 StPO). Wenn aber die Vernehmung des Angekl. durch den ersuchten Richter ein notwendiges Stück der Hauptverhandlung ist, und wenn der ersuchte Richter bei der Vernehmung des Angekl. wie der Amtsrichter des Prozeßgerichts zu handeln hat, so steht der Anwendung des § 236 StPO. auch durch den ersuchten Richter nichts im Wege.

Es erscheint sogar § 230 Abs. 2 StPO. durchaus anwendbar. Wenn die Vernehmung des Angekl. durch den ersuchten Richter nach § 233 StPO. für das Verfahren unbedingt notwendig ist, die kommissarische Vernehmung in diesem Falle von der Hauptverhandlung ein notwendiger Teil ist, in welchem der Angekl. von seiner Verpflichtung zum Erscheinen weder entbunden ist noch entbunden werden kann, also ein Teil der Hauptverhandlung ist, wo sein Erscheinen kraft Gesetzes notwendig ist, so ist der Normalfall des § 230 Abs. 2 StPO. gegeben.

Die hier angeführten Gründe dafür, daß das Rechtshilfeersuchen zulässig ist, werden noch gestützt durch die von dem ersuchten Gericht zu Unrecht angegriffenen Entscheidungen des KG. In LZ. 1915, 1342 stellt das KG. fest, daß die Vernehmung vor dem Richterkommissar ein vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung ist, zu welchem das Erscheinen des Angekl. unter Umständen durch die gesetzlichen Mittel des Vorführungs- oder Haftbefehls erzwungen werden kann. Auch die in GoltdArch. 59, 473 abgedruckte Entsch. beruht durchaus nicht auf einem Trugschluß.

(OLG. Dresden, 2. StS., Beschl. v. 17. Dez. 1926, 2 OSt 442/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. **Alfred Weber**, Dresden.

*

32. §§ 244, 245 StPO. **Die Ausnahmevorschrift in § 245 Abs. 2 StPO., wonach der Amtsrichter, das Schöffen- und das Landgericht in Verhandlungen, die eine Übertretung betreffen oder auf Privatklage erfolgen, den Umfang der Beweisaufnahme frei bestimmen kann, bezieht sich nur auf die Regelvorschrift des § 245 Abs. 1 und läßt die Vorschrift des § 244 Abs. 2 unberührt.** †)

In der Berufungsverhandlung hat der Privatkl. die Beweisanträge wiederholt, die er während des vorangegangenen Verfahrens ohne Erfolg gestellt hatte. In dem Protokoll sind allerdings der Vorschrift des § 273 StPO. zuwider die Beweisanträge selbst nicht angeführt, indem unterlassen worden ist, die zu beweisenden Tatsachen und die dafür vorgeschlagenen Beweismittel in die Protokollniederschrift aufzunehmen. Doch kann über den hierin liegenden weiteren Verfahrensmangel hinweggegangen werden. Auf die Beweisanträge ist der Beschluß des BG. ergangen, daß sie als unerheblich abgelehnt würden, da der Sachverhalt als genügend geklärt erscheine.

Diese Verfahrensweise entspricht dem Gesetze nicht.

Die StPO. — fußend auf dem Grundsatz der Pflicht des Richters zur Wahrheitsermittelung, vgl. § 155 Abs. 2, § 384 Abs. 1 StPO. — stellt in ihrem § 244 Abs. 2 und in ihrem § 245 Abs. 1 zwei sehr wichtige und untereinander verschiedene Hauptregeln in Gestalt von Rechtsgarantien für den Mindestumfang der Beweisaufnahme zugunsten der am Verfahren Beteiligten, in Privatklagesachen also für Privatkl. und Angekl., auf, nämlich in § 244 Abs. 2 das Recht, zu verlangen, daß bei Ablehnung eines in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrags ein Gerichtsbeschluß ergehe, der die Gründe für die Ablehnung **inhaltlich** darlegt, und in § 245 Abs. 1 das davon unabhängige **formelle** Recht zu fordern, daß die Beweisaufnahme — außer bei allseitigem Verzicht oder neuerdings bei Verschleppungsabsicht — auf die sämtlichen Zeugen und Sachverständigen, die vorgeladen und erschienen sind, und auf die übrigen herbeigeschafften Beweismittel erstreckt werde, und zwar ganz ohne Rücksicht auf ihre Erheblichkeit, lediglich um deswillen, weil sie geladen und erschienen sind. Hiervon macht die StPO. zwar wieder eine Ausnahme, insofern in § 245 Abs. 2 vorgeschrieben wird, daß in den vor dem AR., den Schöffen- und LG. stattfindenden Verhandlungen, die eine Übertretung betreffen oder auf erhobene Privatklage erfolgen, das Gericht ohne Bindung an Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt. Diese Ausnahme erstreckt sich jedoch ausschließlich auf die Regelvorschrift des § 245 Abs. 1 und läßt die Vorschrift des § 244 Abs. 2 völlig unberührt. Substantiierte Beweisanträge, die in der Hauptverhandlung gestellt werden, müssen daher in jedem Falle, wenn ihnen nicht stattgegeben wird, nach § 244 Abs. 2 StPO. behandelt, also durch begründeten Gerichtsbeschluß erledigt werden, auch wenn darin auf geladene und erschienene Zeugen oder Sachverständige als Beweismittel zugekommen wird. An dieser Rechtsauffassung hält der Sen. nach wie vor fest. Die Rechtsauffassung des Sen. deckt sich auch mit der Ansicht von **Löwe-Rosenberg**, Komm. in Note 9 zu § 245 StPO., worin am Schlusse ausdrücklich gesagt ist, daß es sich bei Abs. 2 um eine Abweichung vom Grundsatze des Abs. 1 dieser Gesetzesstelle handele. Vgl. auch **Kohlrausch**, StPO. S. 250 A, B.

(OLG. Dresden, 1. StS., Urt. v. 30. März 1927, 1 O St 33/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. **Alfr. Weber**, Dresden.

*

33. § 245 Abs. 2 StPO. **§ 245 Abs. 2 stellt nicht nur eine Ausnahme gegenüber der in § 245 Abs. 1 StPO. enthaltenen Vorschrift dar, sondern hat eine selbständige Bedeutung. Die durch § 245 Abs. 2 den Gerichten gewährte Ermächtigung, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen, bezieht sich daher nicht nur auf die vorgeladenen bzw. herbeigeschafften Beweismittel, sondern auch auf die Benutzung noch nicht zur Verfügung stehender Beweismittel.** †)

Der BeschwF. übersieht, daß im vorl. Falle das Gericht gem. § 245 Abs. 2 StPO. den Umfang der Beweisaufnahme bestimmte, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden

---

tigten Erwägungen der Aburteilung vor einem, erst durch eine kostspielige weite Reise erreichbaren, Gericht widerstrebt. Keinesfalls wird aber dadurch die Rechtsverfolgung lahmgelegt. Denn sicherlich dürfte vorkommendenfalls im Wege der Verständigung mit Staatsanwaltschaft und Gericht am Wohnorte des Angekl. die Übernahme der Sache dorthin erreichbar sein, ohne daß § 12 StPO entgegensteht.

JR. Dr. **Mamroth**, Breslau.

Zu 32. Ob aus dem Schlußsatz der Anm. 9 zu § 245 bei **Löwe-Rosenberg**: „Die in Abs. 2 enthaltene Abweichung von dem Grundsatz des Abs. 1 beruht auf der Zulässigkeit der Berufung gegen die Urt. der Schöffengerichte" auch die Stellungnahme zu der in obigem Urt. erörterten Frage des Verhältnisses des § 245 Abs. 2 zu § 244 gefolgert werden darf, erscheint mir zweifelhaft, aber jedenfalls pflichte ich der Entsch. bei. Beschränkungen der Beweisaufnahme sind im Interesse der objektiven Wahrheitsermittlung, aber auch um deswillen möglichst strikt zu interpretieren, weil das Vertrauen in die Justiz durch nichts so arg gefährdet wird, als wenn die Beteiligten glauben, es sei ihnen zu Unrecht die Erhebung der von ihnen angetretenen Beweise abgeschnitten worden. Deshalb ist auch zu billigen, daß die Entsch. sich implizite auf den, vom RG. oft betonten, Standpunkt der Unzulänglichkeit der Ablehnung einer Beweiserhebung mit der Begründung der „Unerheblichkeit" oder der „bereits genügenden Klärung der Sachlage" stellt, und vielmehr eine Begründung verlangt, aus der hervorgehen muß, ob das Gericht den Antrag in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung für unzulässig oder unerheblich erachtet, und die auch die erforderliche Unterlage für die Nachprüfung der etwaigen Rechtsgründe durch den Richter höherer Instanz bietet (vgl. die zahlreichen Entsch. des RG. bei **Löwe-Rosenberg**, Anm. 11 zu § 244).

JR. Dr. **Mamroth**, Breslau.

Zu 33. Das Urt. des 1. StS. des SächsOLG., mit dem sich die obige Entsch. des 2. StS. des gleichen Gerichts ausgesprochenermaßen in direkten Widerspruch setzt, ist in JW. 1927, 930 abgedruckt worden. Ich habe dort in einer Anm. ziemlich ausführlich meine Bedenken gegen diese Entsch. ausgesprochen und darf mit Befriedigung feststellen, daß diese nicht nur im Resultat, sondern auch im wesentlichsten Punkt der Begründung in der jetzigen Entsch. geteilt werden. Was wird aber nun in Zukunft am SächsOLG. Rechtens sein? Unleug-

zu sein. Denn es handelte sich um eine Verhandlung vor dem AG., die lediglich eine Übertretung betraf. Der Ansicht des 1. StS. des OLG. Dresden (vgl. Urt. 1 O St 145/26: JW. 1927, 930 und Urt. 1 O St 33/27)[1]), daß das Gericht nur in Ansehung der sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie der anderen herbeigeschafften Beweismittel den Umfang der Beweisaufnahme bestimme, hinsichtlich der erst in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge aber durch die Regelvorschrift des § 244 Abs. 2 StPO. (Ablehnung durch eingehend begründeten Gerichtsbeschluß) gebunden sei, kann der erk. Sen. nicht folgen. Die Richtigkeit dieser Ansicht würde zu dem unannehmbaren, vom Gesetzgeber zweifellos nicht gewollten Ergebnis führen, daß der AR. z. B. in den Fällen, in denen er den gestellten Beweisantrag für unerheblich erachtet, weil der Sachverhalt seiner Überzeugung nach genügend geklärt ist, gezwungen wäre — da dieser Grund zur Ablehnung des Beweisantrags nicht genügen würde (vgl. Löwe, StPO., 17. Aufl., § 244 Note 11) —, die Hauptverhandlung zwecks Ladung eines Zeugen zu vertagen, daß er aber in der neuen Verhandlung befugt sein würde, die Vernehmung dieses „vorgeladenen" Zeugen aus dem angegebenen Grunde unter Berufung auf § 245 Abs. 2 StPO. abzulehnen. Der Auslegung, daß der Abs. 2 des § 245 StPO. keine selbständige Bedeutung habe, sondern seiner räumlichen Anordnung gemäß nur im Zusammenhalt mit Abs. 1 zu verstehen sei und nur eine Ausnahme der dort aufgestellten Vorschrift enthalte, steht auch entgegen, daß das Gesetz im Abs. 2 schlechthin vom „Umfang der Beweisaufnahme" spricht. Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme enthält der Natur der Sache nach nicht nur die Entschließung über die zur Stelle befindlichen, sondern auch über die erst in der Hauptverhandlung angebotenen Beweise. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Löwe, Komm. z. StPO. Dort heißt es zwar in Note 9 zu § 245, daß es sich beim Abs. 2 um eine Ausnahme vom Grundsatz des Abs. 1 handele; hieraus geht aber noch nicht hervor, daß sich diese Ausnahme auf den Abs. 1 beschränkt und nicht auch, wie die Meinung des erk. Sen. ist, auf § 244 StPO. zurückwirkt. Überdies ist in der erwähnten Note ausdrücklich gesagt, daß in den im Abs. 2 bezeichneten Fällen über die Erheblichkeit der Beweise, gleichviel ob diese herbeigeschafft sind oder nicht, das Gericht entscheidet. Der Zusatz „nach Maßgabe des § 244" kann hierbei lediglich bedeuten, daß es zur Ablehnung eines Beweisantrags auch im Falle des § 245 Abs. 2 eines Gerichtsbeschlusses bedarf, nicht aber, daß in diesem Falle das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts kein genügender Grund zur Ablehnung sei.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 28. Juni 1927, 2 OSta 62/27.)
Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

34. §§ 303, 305, 336 StPO. **Hat das Berufungsgericht übersehen, daß die von der Staatsanwaltschaft in der Berufungsverhandlung erklärte Zurücknahme ihrer Berufung — mangels Zustimmung des Angekl. — rechtlich wirkungslos war und das Verfahren insoweit durch Beschluß eingestellt, darauf aber über die gleichzeitig zur Verhandlung stehende Berufung des Angekl. durch Urteil entschieden, so kann die StA. den ergangenen Einstellungsbeschluß nicht mit Beschwerde anfechten.** †)

Gegen das Urt. des AR., durch das der Angekl. wegen Vergehens nach § 184 Ziff. 1 StGB. verurteilt worden ist, hatten sowohl der Angekl. als auch die StA. Berufung eingelegt. In der BerHauptverhandlung hat die StA. nach Schluß der Beweisaufnahme in ihrem Schlußvortrag ohne Stellungnahme zu der von ihr eingelegten Berufung lediglich die Verwerfung der Berufung des Angekl. beantragt. Nachdem hierauf der Verteidiger ebenfalls ohne Stellungnahme zu der Berufung der StA. Freisprechung des Angekl. beantragt hatte, erklärte die StA., daß sie die von ihr eingelegte Berufung zurückziehe. Darauf wurde der Gerichtsbeschl. verkündet:

„Das Berufungsverfahren wird insoweit eingestellt. Die durch die Berufung der StA. entstandenen Kosten werden der Staatskasse auferlegt."

Nach Gehör des Angekl. selbst ist sodann Urteil dahin verkündet worden, daß die Berufung des Angekl. verworfen werde.

Dieses Urteil ist von dem Angekl. und von der StA. mit der Revision angefochten worden.

Später hat die StA. die Zurücknahme ihrer Revision erklärt und die StK. darauf durch Beschl. das RevVerfahren insoweit für erledigt erklärt.

Am 26. Okt. 1926 hat nunmehr die StA. gegen den in der BerHauptverhandlung erlassenen Beschl. der StK., durch den das Verfahren auf die Berufung der StA. nach Zurücknahme dieses Rechtsmittels eingestellt worden ist, Beschwerde eingelegt mit der Begründung, daß die StK. diesen Beschl. nicht hätte erlassen dürfen, vielmehr auch über die Berufung der StA. sachlich durch Urteil hätte entscheiden müssen, weil die von der StA. erklärte Zurücknahme ihrer Berufung mangels Zustimmung des Angekl. wirkungslos gewesen sei. Mit der Beschwerde erstrebt die StA. die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses offensichtlich, um nach Beseitigung dieses der sachlichen Erledigung der staatsanwaltschaftl. Berufung entgegenstehenden Hindernisses jetzt noch mit Hilfe der Revision des Angekl. in der künftigen RevHauptverhandlung die Aufhebung des BU. sowie die Zurückverweisung der Sache zur Nachholung der Verhandlung und Entscheidung über die dann noch unerledigte staatsanwaltschaftl. Berufung zu erreichen.

Die Beschwerde kann nicht für zulässig erachtet werden.

Richtig ist allerdings, daß das Verfahren der StK. gegen das Gesetz verstößt. Denn nach § 303 StPO. konnte die StA., da die BerHauptverhandlung bereits begonnen hatte, die von ihr gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegte Berufung nur mit Zustimmung des Angekl. zurücknehmen.

Ob eine Heilung dieses Verstoßes jetzt noch, nachdem die StA. ihre Revision gegen das BerUrt. zurückgenommen hat, mit Hilfe der z. Z. allein noch stehenden, lediglich auf Verletzung der Verfahrensvorschrift in § 331 StPO. gestützten Revision des Angekl. erreichbar ist, ist hier nicht zu erörtern.

Der von der StA. zur Erreichung dieses von ihr erstrebten Zieles eingeschlagene Weg ist nicht gangbar.

Nach der Vorschrift in § 305 StPO. sind Entsch. der erk. Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen, von der Anfechtung mit der Beschwerde ausgeschlossen und nach § 336 dieses Ges. unterliegen der Beurteilung des RevGer. auch die Entsch., die dem Urteil vorausgegangen sind, sofern es auf ihnen beruht. Beide Vorschriften stehen im engen Zusammenhang. Ihr Sinn ist der, daß Entsch. der erk. Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen, vor der Fällung des Urteils überhaupt nicht, nach der Urteilsfällung aber nur mit dem gegen das Urt selbst zulässigen Rechtsmittel anfechtbar sein sollen. Die Vorschrift in § 336 ist allerdings nicht nur auf die Entsch. der erk. Gerichte beschränkt, sondern auch auf die im Vorverfahren erlassenen anwendbar. Mit der Vorschrift in § 305 a. a. O. hat der Gesetzgeber offensichtlich verhindern wollen, daß Strafverfahren durch Beschwerden gegen solche Entsch. aufgehalten werden, aus deren Fehlerhaftigkeit gemäß § 336 ein Grund zur Anfechtung des Urteils entnommen werden kann, die also mit dem gegen das Urteil selbst zulässigen Rechtsmittel angefochten werden können. Bei Zulassung der Beschwerde gegen solche Entsch. würde das erk. Gericht u. U. gezwungen sein, die Hauptverhandlung zu vertagen, um die zunächst erforderliche Entsch. des BeschwGer. herbeizuführen, und es würde dann weiter die Möglichkeit gegeben sein, aus der Fehlerhaftigkeit der Entsch. des BeschwGer. nochmals einen Grund zur Anfechtung des demnächst ergehenden Urteils mit dem gegen dieses zulässigen Rechtsmittel zu entnehmen. Endlich würde der Erfolg der beiden Rechtsmittel ein ganz verschiedener sein können, insbes. etwa dann, wenn über jedes Rechtsmittel ein anderes Gericht zu entscheiden hätte. Denn die Entsch. des BeschwGer. würde das erk. Gericht nicht binden. Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber offensichtlich vermeiden wollen.

Nach § 305 sind allerdings nicht alle, sondern — abgesehen von den hier nicht in Frage kommenden Ausnahmefällen in ihrem 2. Satze — nur diejenigen Entscheidungen der erkennenden Ge-

---

bar ist eine solche Divergenz in der Rspr. zweier Sen. des gleichen Gerichts mißlich, und man möchte wünschen, daß eine Bestimmung wie die, zur Sicherung der Konformität der Rspr. des RG. in § 136 GVG. getroffene, auch für die OLG., insoweit sie RevG. sind, existierte.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

[1]) S. oben S. 2075 Nr. 32.

Zu 34. Die Entsch. widerspricht der herrsch. und richtigen Lehre und Praxis (vgl. die Zitate bei Löwe-Rosenberg, 4 zu § 305 und OLG. Karlsruhe = JW. 1927, 533 [19]). Ihre Gründe sind nicht durchschlagend. Gerade der von ihr betonte enge Zusammenhang zwischen den §§ 305 u. 336 StPO. läßt eine einschränkende Auslegung des § 305 als notwendig erscheinen. Denn § 336 begnügt sich eben nicht mit bloß zeitlichem Vorausgehen, sondern verlangt ein Beruhen, also Kausalzusammensetzung zur Zulassung der Rev. Wenn also alle zeitlich dem Urteil vorausgehenden Entsch. der Beschw. entzogen wären, so bestände für diejenigen zeitlich vorausgehenden Entsch., auf denen das Urteil nicht beruht, überhaupt keine Anfechtungsmöglichkeit. Immerhin läßt sich angesichts des Wortlauts des § 305 über die Auslegung natürlich streiten. Nun meint das OLG. aber weiter, der — von ihm nicht für erforderlich gehaltene — innere Zusammenhang zwischen der mit der Beschw. angefochtenen Entsch. und dem Urt. bestehe im vorl. Falle; denn „der Beschluß ist die Begründung dafür, daß das ergangene Urteil sachlich nur auf die Berufung der Angekl. und nicht zugleich auch auf die formell zur Erledigung gebrachte Ber. der StA. entscheidet". Der Beschluß habe lediglich die Durchführung der Ber. der StA., nicht die des Verfahrens überhaupt verhindert. Und schließlich weist das OLG. darauf hin, daß bei entgegengesetzter Auffassung, also bei Verneinung eines inneren Zusammenhanges die Rev. gegenüber dem Urteil nicht auf die Unzulässigkeit der Einstellung gestützt werden könne. Dieser letztere Hinweis mag richtig sein, beweist aber nichts. Es wäre in der Tat gekünstelt, zu sagen, das auf die Ber. des

richte der Anfechtung mit der Beschwerde entzogen, die der Urteilsfällung vorausgehen.

Daß es sich bei dem von der StA. angefochtenen, in der Verhauptverhandlung erlassenen Beschluß um eine Entsch. des erk. Gerichts i. S. des § 305 handelt, kann keinem Zweifel unterliegen.

Fraglich kann nur sein, ob diesem Beschluß die Eigenschaft einer der Urteilsfällung vorausgehenden Entsch. zukam und ob ihm jetzt die Eigenschaft einer der Urteilsfällung vorausgegangenen Entsch. zukommt, m. a. W. ob das Urteil, das in derselben BerHauptverhandlung auf die Berufung des Angekl. ergangen ist, als ein solches anzusehen ist, dem der angefochtene Beschluß vorausging, ehe es gefällt wurde, und dem er nunmehr, nachdem dieses Urt. gefällt worden ist, vorausgegangen ist. Diese Frage, die die StA. offenbar verneint, ist nach der Ansicht des BeschwGer. zu bejahen.

Unter den der Urteilsfällung vorausgehenden Entsch. i. S. des § 305 StPO. sind alle diejenigen Entsch. zu verstehen, die kein Hindernis für die Durchführung des Verfahrens bis zum Urteil bilden. Die in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, daß diese Eigenschaft nur denjenigen Entsch. zukomme, die im Einzelfalle nachweislich in einem inneren Zusammenhange mit der folgenden Urteilsfällung stehen und lediglich zu deren Vorbereitung dienen (vgl. Löwe-Rosenberg, Komm. z. StGB., 16. Aufl. Anm. 4 zu § 305, und die dort angef. Rechtspr.), findet weder in den Motiven (S. 210), nach denen die von der Beschwerde auszuschließenden Entsch. nur „regelmäßig" jene Eigenschaft haben, eine ausreichende Stütze, noch ist sie in dem Gesetz zum Ausdruck gelangt (vgl. RGSt. 43, 179 [182]). Es kann deshalb daraus, daß die neuen Entwürfe einer StPO. sich diese Auffassung zu eigen gemacht haben, indem sie die Beschwerde nur gegen solche Entsch. ausschließen wollen, die nach der Eröffnung des Hauptverfahrens zur Vorbereitung des Urteils erlassen werden, kein Schluß darauf gezogen werden, daß der Gesetzgeber bereits in der Vorschrift des § 305 StPO. dieses Erfordernis aufgestellt habe. Im vorl. Falle steht aber überdies der angefochtene Beschluß in einem inneren Zusammenhang mit der Fällung des Urteils auf die Berufung des Angekl. Denn der Beschluß ist die Begründung dafür, daß das ergangene Urteil sachlich nur auf die Berufung der Angekl. und nicht zugleich auch auf die formell zur Erledigung gebrachte Berufung der StA. entscheidet

Mit der Beschwerde anfechtbar sind hiernach gemäß § 305 nur solche Entsch. der erk. Gerichte, die, wie z. B. diejenigen, die die vorläufige Einstellung des Verfahrens verfügen, die Durchführung des ganzen weiteren Verfahrens bis zum Urteil verhindern und der Erlassung eines Urteils hemmend im Wege stehen (vgl. RGSt. 43, 179, 181). Eine derartige Wirkung hatte aber im vorl. Falle der angefochtene Beschluß nicht. Die durch ihn verfügte Einstellung des staatsanwaltschaftl. BerVerfahrens hat lediglich die Durchführung dieses Verfahrens bis zum Urteile, nicht aber die Durchführung des Verfahrens überhaupt verhindert. Denn das zunächst auf die Berufung sowohl der StA. als auch des Angekl. gegen diesen fortgestellte Verfahren ist nach Erlaß des angefochtenen, die Einstellung des staatsanwaltschaftl. BerVerfahrens verfügenden Beschlusses, wennschon nunmehr allein noch auf die Berufung des Angekl., bis zum Urteil durchgeführt worden. Der angefochtene Beschluß, durch den die StK. ihre rechtsirrige Auffassung, daß die StA. ihre Berufung rechtswirksam zurückgenommen habe, zum Ausdruck brachte, hat lediglich den Umfang und den Inhalt des Urteils, das an sich zu fällen gewesen wäre, beeinflußt, dieses Urteil seinem Umfang und Inhalt nach beschränkt, den Erlaß eines Urteils aber nicht verhindert. Ein auf Rechtsmittel sowohl der StA. als auch des Angekl. fortgestelltes Verfahren ist ein einheitliches, das, falls sich das Verfahren auf das eine oder das andere Rechtsmittel nicht vorher erledigt, nur einheitlich bis zum Urteile durchgeführt werden kann. Über die durchgeführten beiden Rechtsmittel kann sachlich nicht durch zwei getrennte Urteile, sondern nur durch ein einziges Urteil entschieden werden. Die Richtigkeit der Auffassung, daß dem angefochtenen Beschlusse die Eigenschaft einer dem Urteil vorausgehenden Entsch. nicht zugekommen sei, weil er die Durchführung der staatsanwaltschaftlichen Berufung bis zum Urteil verhindert und dem Erlaß eines Urteils auf diese Berufung hemmend entgegengestanden habe, würde übrigens zu dem Ergebnis führen, daß aus der Fehlerhaftigkeit dieses Beschlusses auch kein Grund zur Anfechtung des auf die Berufung des Angekl. ergangenen Urteils mit der Revision hätte entnommen werden können. Denn spricht man aus diesem Grunde dem angefochtenen Beschlusse die Eigenschaft einer der Urteilsfällung vorausgehenden Entsch. i. S. § 305 StPO. ab, so muß man ihm folgerichtig aus demselben Grunde auch die Eigenschaft einer dem gefällten Urteil vorausgegangenen Entsch. i. S. § 336 StPO. absprechen.

Wie sich der Fortgang des Verfahrens in der Lage, in der es sich zur Zeit befindet, gestalten würde, wenn der angefochtene Beschluß überhaupt nicht erlassen worden wäre und die StK. ihre rechtsirrige Auffassung, daß die Zurücknahme der Berufung der StA. rechtswirksam sei, lediglich durch das allein über die Berufung des Angekl. erk. Urteil zum Ausdrucke gebracht hätte, braucht hier nicht untersucht zu werden.

(OLG. Dresden, 2. StS., Beschl. v. 30. Nov. 1926, 2 OSt Reg 406/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

35. § 313 StPO.; § 33 VO. v. 4. Jan. 1924. **Für die Frage, ob bei einer Verurteilung wegen Übertretung zu Geldstrafe das Urteil eine Übertretung „zum Gegenstand hat" und demgemäß nur mit der Revision angefochten werden kann, ist der Inhalt der Anklage, nicht der Richterspruch entscheidend. Berufung ist also zulässig, wenn — im Gegensatze zum späteren Richterspruch — die Anklage bzw. der Eröffnungsbeschluß sich auf ein Vergehen bezog.†)**

In der Rechtsprechung ist streitig, ob, wenn der Amtsrichter in seinem Urt. die als Vergehen zum Hauptverfahren gestellte Tat lediglich als Übertretung aufgefaßt und nur Geldstrafe dafür festgesetzt hat, zufolge § 313 StPO. die Berufung gegen das Urt. ausgeschlossen und nur die Revision zulässig sei. Dafür, daß in einem solchen Falle das Vergehen, über dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen der Amtsrichter nach dem Stande der Anklage (dem Inhalte des Eröffnungsbeschlusses, Strafbefehls usw.) zu entscheiden hatte, als Gegenstand des Urt. i. S. des § 313 StPO. anzusehen sei, mithin nicht lediglich eine Übertretung den Gegenstand des Urt. bilde, haben sich insbes. ausgesprochen OLG. Rostock, Königsberg und Frankfurt a. M. (Ztschr. f. d. ges. Str. Bd. 46 Rechtspr. S. 26; JW. 1924, 2058; DJZ. 1926, 1789) und das BayObLG. (JW. 1925, 1015).

Dagegen hat das KG., Urt. v. 13. Juli 1925: GoltdArch. 70, 143 ausgeführt, i. S. § 313 StPO. wie auch der vorausgegangenen Fass. dieser Best. in § 33 GVerfVO. v. 4. Jan. 1924 (RGBl. 15) müsse die Tat, derentwegen freigesprochen oder ausschließlich auf Geldstrafe erkannt worden sei, eine Übertretung sein; der Richterspruch, nicht die Urteilsfindung, müsse eine Übertretung betreffen; welche strafbare Handlung früher vorliegend erachtet worden sei, sei unerheblich, es komme vielmehr lediglich darauf an, wie die Tat von dem erkennenden Gericht auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung (§ 264 StPO.) beurteilt worden sei. Diese Darlegungen kann der Sen. nicht als zutreffend ansehen.

Bei der Auslegung des § 313 StPO. ist von § 33 der VO. v. 4. Jan. 1924 auszugehen, der seinem Inhalte nach kraft § 43 derselben VO. unverändert in die Strafprozeßordnung übernommen werden mußte und nach Ansicht des Senats auch so übernommen worden ist. In § 33 heißt es: „Bei Übertretungen ... ist die Berufung ausgeschlossen, wenn wegen der Tat freigesprochen oder ausschließlich auf Geldstrafe erkannt worden ist" (es soll hier der Einfachheit halber so gehalten werden, als ob die in § 33 ursprünglich mitaufgeführten, durch Ges. v. 27. Dez. 1925 [RGBl. 475] gestrichenen Privatklagevergehen von Anfang an nicht mit erwähnt worden wären; die hier vorzunehmende Gesetzesauslegung wird dadurch nicht beeinflußt, weil die bezeichneten Privatklagevergehen beim Erlasse der VO. gleich den Übertretungen als geringfügige Straftaten angesehen worden sind). Die Wendung „Bei Übertretungen" kann nach dem Gesamtinhalte der VO. und nach dem deutschen Strafprozeßrechte nicht anders verstanden werden als dahin: „Wenn Übertretungen den alleinigen Gegenstand des Verfahrens bilden." Die Wendung findet sich auch in § 7 VO.: „Bei Übertretungen entscheidet der Amtsrichter allein"; auch hier hat sie offenbar die angegebene Bedeutung. Der Gegenstand des Verfahrens, die vom Beschuldigten begangene Straftat, wird sehr selten nach ihrem tatsächlichen Inhalt und ihrer rechtlichen Einordnung von vornherein feststehen, vielmehr ist die möglichst zuverlässige Ermittelung dieses Inhalts und dieser Einordnung gerade der Zweck und die Aufgabe des Strafverfahrens. Die Straftat kommt also für das Verfahren nur in Betracht als Beschuldigung oder Anklage, die aus der Angabe der

Angekl. ergangene Urteil beruhe auf dem Beschluß, der die Ber. der StA. verworfen hat. Nur der Umstand, daß das Urteil sich über die Ber. der StA. nicht ausspricht, ist auf jenen Beschluß zurückzuführen. Hier besteht ein Unterschied, der nicht ganz leicht zu formulieren ist, aber doch nicht übersehen werden kann. Jedenfalls liegt es viel näher, einen derartigen — übrigens ganz unnötigen (Löwe-Rosenberg, 11 zu § 302) — Beschluß mit der Beschw. als mit der Rev. anzugreifen.

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 35. Dem Urt. ist beizutreten. Es ist etwas völlig Verschiedenes, ob in einem Strafverfahren dem Angekl. nie etwas anderes zur Last gelegt wurde, als eine Übertretung oder ob die Anklage bzw. der Eröffnungsbeschluß ein Vergehen bzw. ein Verbrechen annahm und daher die Frage, was für eine strafbare Handlung vorliege, Gegenstand der Verhandlung war. So hat denn auch die bisherige Rechtspr. überwiegend in dem letzteren Fall die Berufung für zulässig erklärt (außer den im Urt. zitierten: KG. [1. Sen.] HöchstRR. 2, 208, vgl. Dörr, GoldtArch. 69, 220). Nur

beanzeigten Tatbestandsmerkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes besteht. Es ist ein aus den einzelnen Bestimmungen und dem Zusammenhange der StPO. hervorgehender Rechtsgrundsatz, daß diese Beschuldigung im Verfahren in förmlicher Weise kundgegeben werden muß, um als Richtschnur für den Gang des Verfahrens zu dienen. Dies geschieht in der Regel durch den Eröffnungsbeschluß (§§ 203, 243 Abs. 2 StPO.), sonst auch durch Strafbefehl, Strafverfügung, Strafbescheid sowie nach § 212 oder 266 StPO. Auf eine vom Gericht für das Urt. in Aussicht genommene Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts muß der Angekl. nach § 265 StPO. unter Gewährung von Verteidigungsgelegenheit besonders hingewiesen werden. Die Straftat des Angekl. in Gestalt der in mannigfacher Weise kundgegebenen Anklage bildet den Gegenstand des Verfahrens und demgemäß auch der Urteilsfindung, d. h. das Gericht muß prüfen, inwieweit die Anklage nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung aufrechtzuerhalten ist oder nicht. Obgleich nun das Gericht den ihm so vom Gesetze zur Verarbeitung dargebotenen Gegenstand für den Urteils*spruch* nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung verändern kann und muß (§ 264 StPO.), so bleibt es doch richtig, daß die Anklage in der alten Gestalt den Gegenstand der vom Gericht in dem *gesamten* Urteile niedergelegten Tätigkeit, also den Gegenstand des Urt. in seiner Gesamtheit bildet. Lautet die Anklage auf ein Vergehen, so muß das Gericht seine urteilende Tätigkeit auch auf die Frage richten, ob dessen Voraussetzungen verwirklicht sind; das Vergehen ist damit Gegenstand seines Urt. Das Gericht kann in diesem Sinne den Urteilsgegenstand, d. h. den Gegenstand der ihm gestellten Aufgabe, nicht beiseiteschieben. Dies erhellt insbes. daraus, daß, wenn zulässige Berufung gegen das Urt. in dessen vollem Umfange eingelegt wird, die Anklage in ihrer alten Gestalt wiederum den Gegenstand des Verfahrens bildet. Ein Vergehensverfahren wird dadurch, daß das Gericht nur wegen Übertretung verurteilt, nicht zu einem Übertretungsverfahren, wenn auch zuzugeben ist, daß die Anklage durch das Urt. — ebenso wie durch den Hinweis nach § 265 StPO. — einen Zusatz erhält, der fortan neben der Anklage mit zu berücksichtigen ist.

Mit diesen Ausführungen steht es im Einklange, daß es in § 33 VO. v. 4. Jan. 1924 heißt: „Bei *Übertretungen*... ist die Berufung ausgeschlossen, wenn wegen *der Tat* freigesprochen oder ausschließlich auf Geldstrafe erkannt worden ist.“ Das Wort „Tat“ kann nur auf das Wort Übertretungen bezogen werden; die Vorschrift setzt also voraus, daß es sich sowohl beim Verfahren im allgemeinen wie auch beim Urt. nur um Übertretungen handelt. Ferner wird hinsichtlich der Beziehung auf die „Tat“ die Verurteilung in gleiche Linie mit der Freisprechung gestellt; bei Freisprechung kann aber als „Tat“ nur die bisherige *Anklage* in Betracht kommen, der Gesetzgeber hat also offenbar auch hinsichtlich der Verurteilung nur die Anklage im Auge gehabt, immer in der Voraussetzung, daß es sich in allen Verfahrensteilen gleichermaßen nur um Übertretungen handelt. Auch in § 313 StPO. ist der Fall der Verurteilung mit dem der Freisprechung in gleiche Linie gestellt.

Angesichts aller dieser Erwägungen muß festgestellt werden, daß die Neufassung des § 33 VO. v. 4. Jan. 1924 in § 313 StPO., die freilich, für sich allein betrachtet, mißverständlich ist, sachlich nicht von der ursprünglichen Fassung abweicht. Auch § 313 StPO. faßt wie § 33 VO. nur den regelmäßigen Fall ins Auge, daß das Verfahren von vornherein lediglich wegen Übertretungen geführt wird. Dies ergibt sich deutlich daraus, daß in § 313, obwohl unmittelbar vorher in § 312 von Berufung gegen Urt. des Amtsrichters und des *Schöffengerichts* die Rede ist, die Berufung nur gegen Urt. des *Amtsrichters* ausgeschlossen wird. Es wird eben davon ausgegangen, daß angesichts der Fassung des § 33 VO. in Fällen, die durch die Worte „Bei Übertretungen“ gekennzeichnet sind, nach § 7 VO. (= § 25 Abs. 1 Nr. 1 GVG.) nur der Amtsrichter allein als zuständig in Betracht kommt. Diese Auffassung aber ist nur möglich, wenn man durch die Worte „Bei Übertretungen“ nur solche Verfahren als gemeint ansieht, in denen schon die Anklage lediglich auf Übertretungen geht. Wollte man in den Worten „Bei Übertretungen“ nur die Bezugnahme auf den Gegenstand der *Verurteilung* finden, so hätten in § 313 StPO. auch die Urt. des *Schöffengerichts* miterwähnt werden müssen, denn auch bei diesen ist es möglich, daß sie lediglich auf Verurteilung wegen Übertretung zu Geldstrafe lauten.

Das bisher gewonnene Ergebnis wird wesentlich gestützt durch die großen Bedenken, die der hier bekämpften Rechtsansicht wegen deren *Tragweite* entgegenstehen. Wenn jene Rechtsansicht richtig wäre, so würde der Gesetzgeber den Rechtsmittelzug tatsächlich nicht nur hinsichtlich der Übertretungen, also der leichtesten Straffälle, beschränkt haben, sondern auch hinsichtlich der zur gesamten Zuständigkeit des Amtsrichters (§§ 25 und 26 GVG.) gehörigen Vergehen und Verbrechen, und zwar derart, daß dies einen schweren Eingriff in wichtige Rechtspflegeinteressen bedeuten würde. Es handelt sich hier nicht nur um die Interessen des *Angeklagten*, dem allerdings, wenn statt des den Gegenstand des Verfahrens bildenden Vergehens oder Verbrechens nur eine Übertretung zum Gegenstand der Verurteilung, und zwar zu Geldstrafe, gemacht wird, das Rechtsmittel der Berufung in der Regel mit ebensoviel Recht versagt werden könnte, wie wenn von vornherein lediglich die Übertretung den Gegenstand des Verfahrens gebildet hätte. Vielmehr kommen hier auch die Interessen der *Strafverfolgung*, und zwar die allgemeinen der *menschlichen Gesellschaft* sowie die besonderen der *Verletzten* und der *Nebenklageberechtigten* in Betracht. Diese unter Umständen sehr wichtigen Interessen würden dadurch, daß sich der Amtsrichter in der tatsächlichen Beurteilung des Straffalls vergreift und deshalb statt des den Gegenstand des Verfahrens bildenden Vergehens oder Verbrechens nur eine Übertretung als gegeben annimmt, auf das schwerste verletzt werden, wenn gegen das Urt. nur das Rechtsmittel der Revision zulässig wäre. Eine derartige Rechtsmittelbeschränkung würde sich nicht rechtfertigen lassen und es würde im Hinblick auf die bezeichneten wichtigen Interessen besonders unangemessen sein, wenn in einem Vergehen- oder Verbrechensverfahren der Amtsrichter dadurch, daß er sich auf tatsächlichem Gebiete irrt, den Ausschluß desjenigen Rechtsmittels herbeiführen könnte, das gerade zur Berichtigung irriger Tatsachenannahmen bestimmt ist.

Die vom KG. angenommene Regelung würde wegen ihrer einschneidenden Wirkung und weil sie eine Ausnahme von der Regel des Reichsstrafprozeßrechts über die Maßgeblichkeit der Anklage für das Verfahren aufstellt, in jedem Falle eines klaren Ausdrucks im Gesetze bedurft haben. An einem solchen fehlt es aber durchaus.

(OLG. Dresden, 2. StS., Beschl. v. 4. Febr. 1927, 2 OSt Reg. 33/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. *Weber*, Dresden.

*

zwei Entsch. (die im Urt. zit. Entsch. des KG. [3. Sen.], sowie OLG. Jena [GoltdArch. 69, 430] und die Komm. [*Loewe-Rosenberg*, 17. Aufl., § 313^{2} Anm. 2; *Feisenberger*^{2} Anm. 3; *Kiesow*^{2} Anm. 3; *Kohlrausch*^{2} Anm. 3; *Schäfer-Hartung*^{2} Anm. 5 u. 7]) haben auch in diesem Falle die Anwendbarkeit des § 313 bejaht, jedoch ohne ausreichende Begründung. Die Wortinterpretation ist immer mißlich, um wieviel mehr bei einem Gesetz, das im Verordnungswege geschaffen wurde und bei dessen Veröffentlichung der damit betraute Ressortminister nochmals den Text der VO. nicht unwesentlich abänderte! Aber auch die jetzige Fassung, im Wortsinn genommen, läßt sich mit der hier vertretenen Meinung durchaus vereinbaren. Stellt man freilich nur auf den Tenor des Urt. ab, so kann es nicht darauf ankommen, was Gegenstand der Verhandlung war. Versteht man dagegen das Urt. als Ganzes mit seinen Gründen, so wird man in Fällen der vorliegenden Art den § 313 nicht zur Anwendung bringen können. Denn war Anklage wegen eines Vergehens erhoben und auch deswegen eröffnet, so muß sich die Urteilsbegründung unter allen Umständen mit der Frage auseinandersetzen, welche strafbare Handlung vorliegt und, falls auf eine Übertretung erkannt wird, weshalb ein Vergehen oder ein Verbrechen nicht in Frage kommt: somit hat das Urt. nicht nur eine Übertretung zum Gegenstand. Entscheidend dürfte aber die auch in dem vorliegenden Urt. angestellte Erwägung sein, daß bei der gegenteiligen Interpretation wichtige Rechtspflegeinteressen beeinträchtigt würden — wenn die Rechtsauffassung des Richters von der der Anklagebehörde abweicht, besteht unter Umständen ein dringendes Interesse an einer Nachprüfung durch eine zweite Tatinstanz — sowie die weitere Überlegung, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung dieser Berufungsbeschränkung ohne Zweifel dahin ging, in Bagatellsachen die zweite Tatinstanz auszuschalten, die dort nur eine unnötige Belastung der Rechtspflegeorgane bedeutet: Bagatellsachen sind aber solche Verfahren nicht, in denen eine wesentlich schwerere Qualifizierung der Tat Gegenstand der Verhandlung war. Von den beiden Voraussetzungen, die § 313 aufstellt, ist eine im Interesse des Angekl. gesetzt: die Strafe darf nicht empfindlich sein; die andere aber zweifellos im Interesse der Anklagebehörde resp. des Staates als Inhaber des Strafklagerechts: es darf sich nicht um eine erhebliche Rechtsverletzung handeln. Ist eine dieser Voraussetzungen zweifelhaft, so ist eine solche Ausnahmevorschrift, wie sie der § 313 darstellt, einschränkend zu interpretieren (so fast ausnahmslos die bisherige Rechtspr., wenn es sich um die erste Voraussetzung, die Art und Höhe der Strafe handelt; z. B. schließen nach überwiegender Ansicht Nebenstrafen die Anwendung des § 313 aus, vgl. *Feisenberger* A. 1 u. dort Zit.). Billigt man diese grundsätzliche Erwägung, so muß man die Berufung auch dann für zulässig halten, wenn die Frage, ob es sich um eine bloße Übertretung handelt, nach der Anklage bzw. dem Eröffnungsbeschluß zweifelhaft ist.

RA. Dr. Hugo *Stern*, Frankfurt a. M.

36. § 326 StPO. **In ein und derselben Anklagesache können gegen einen und denselben Angekl. dann zwei verschiedene Berufungsurteile ergehen, wenn die eine Berufung, nämlich diejenige des Angekl. gemäß § 329 StPO. verworfen und für die gleichzeitig vorliegende Berufung der Staatsanwaltschaft die Vertagung der Verhandlung beschlossen wurde.** †)

Das BG. hat die Berufung des Angekl. gemäß § 239 StPO. sofort durch Urt. verworfen, nach Verkündung dieses Urt. aber dem Antrage der Staatsanwaltschaft entsprechend, zumal eine Anzahl der geladenen Zeugen gleichfalls ausgeblieben war, die Vertagung der Verhandlung über die staatsanwaltschaftliche Berufung beschlossen.

Die von der Revision erhobenen verfahrensrechtlichen Beschwerden sind nicht begründet. Es liegt keine Verletzung der §§ 329, 233, 33, 34 StPO. vor.

Das Verfahren der Strafkammer wird von der Verteidigung aus dem Grunde bemängelt, weil das Gericht über die Berufung der Staatsanwaltschaft nicht verhandelt, sondern die Vertagung der Verhandlung beschlossen und dadurch — für den Fall, daß das Rechtsmittel noch zurückgenommen wurde — den Angekl. der Möglichkeit, eine Abänderung des erstinstanzlichen Urt. zu seinen Gunsten zu erwirken (§ 301 StPO.), beraubt habe. Dieser Angriff geht fehl. Die Entschließung darüber, ob in die Verhandlung einzutreten oder ob die Vorführung oder Verhaftung des Angekl. anzuordnen oder ob nur dem von der Staatsanwaltschaft gestellten Antrage auf Vertagung stattzugeben war, stand im freien pflichtmäßigen Ermessen des Berufungsgerichts. Die insoweit getroffene Entsch. unterlag nicht der Beschwerde, sondern wäre vom Angekl. nur mit der Revision gegen das die staatsanwaltschaftliche Berufung betr. Urt. anzufechten gewesen (§ 305 StPO.). Wenn es zum Erlasse eines solchen Urt. infolge Rücknahme der Berufung nicht gekommen ist, so kann keine Rede davon sein, daß nunmehr der gerügte Vertagungsbeschluß zur Begründung der Anfechtung des die Berufung des Angekl. verwerfenden Urt. noch benutzt werden könnte. Die Revision auf eine Entsch. zu stützen, die erst nach Erlaß des angefochtenen Urt. ergangen ist, erscheint ausgeschlossen. Die Verteidigung übersieht, daß die seitens des Angekl. eingelegte Berufung im Falle des unentschuldigten oder nicht genügend entschuldigten Ausbleibens ohne weitere Verhandlung zur Sache selbst als zurückgenommen gilt und deshalb sofort zu verwerfen ist.

Die Behauptung der Unzulässigkeit des berufungsgerichtlichen Verfahrens kann auch nicht durch den Hinweis darauf gestützt werden, daß durch dieses Verfahren die Fällung zweier Urt. des Berufungsgerichts in derselben Sache ermöglicht worden wäre, falls nämlich die staatsanwaltschaftliche Berufung nicht nochmals zurückgenommen worden wäre. Gewiß ist es richtig, daß über die beiden Berufungen der verschiedenen Prozeßparteien grundsätzlich in einem und demselben Sachurteil zu entscheiden ist; vorliegendenfalls aber ist dieser Grundsatz auch nicht verletzt. M. E. müßte das OLG. den Umstand, daß die zweite Instanz nicht erschöpfend erledigt worden war (denn die Berufung der Staatsanwaltschaft stand noch), als Urteilsvoraussetzung von Amts wegen berücksichtigen. Denn das die

---

Zu 36. 1. Es ist im Schrifttum streitig, ob, wenn sowohl Staatsanwaltschaft als auch Angekl. Berufung eingelegt haben und der Angekl. nicht erscheint, vor Verhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft die Berufung des Angekl. zu verwerfen ist, oder ob zunächst über die Berufung der Staatsanwaltschaft zu verhandeln und gleichzeitig über die Berufung des Angekl. und die der Staatsanwaltschaft zu entscheiden ist. Als herrschend kann gegenwärtig die Auffassung angesehen werden, daß die sofortige Verwerfung der Berufung des Angekl. vor Verhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft zulässig sei. Delaquis: JW. 1918, 624[1] ist der Auffassung, daß, da das Gesetz zur Entsch. der Frage keine Handhabe gebe, die Stellungnahme von Erwägungen der Zweckmäßigkeit abhängig zu machen sei. Er meint, daß, wenn der Angekl. im vollen Umfange, die Staatsanwaltschaft aber nur wegen des Strafmaßes Berufung eingelegt habe, zweckmäßigerweise bereits vor Eintritt in die Sachverhandlung die Berufung des Angekl. zu verwerfen sein werde, damit die Verhandlung sich lediglich auf das Strafmaß zu beschränken brauche. Wenn jedoch Angekl. und Staatsanwaltschaft in gleichem Umfange Berufung eingelegt hätten, so werde zweckmäßigerweise mit der Verwerfung der Berufung bis zum Schluß der Verhandlung zu warten sein, weil ja sowieso der Sachverhalt in gleichem Umfange bei der Verhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft erörtert werden müsse. Ebenso: Stenglein, StPO. 1898, Note 3 zu § 370 StPO. a. F.; BayObLGSt. 17, 119 = JW. 1918, 624 = Alsberg, OLGE. StProz. II, S. 252 und Rosenberg bei Löwe, Note 1 zu § 329 StPO.

Im Gegensatz hierzu wird die m. E. richtige Auffassung von den früheren Aufl. des Löweschen Komm. (vgl. Löwe-Hellwig, Note 1 zu § 370 StPO. a. F.) und v. Keller, Note 3 zu § 370 StPO. a. F. vertreten.

Im Gesetz ist nichts Ausdrückliches über die Streitfrage enthalten. Auszugehen ist aber davon, daß eine strafbare Handlung nur einheitlich beurteilt werden kann, so daß zwei verschiedene Urt. über dieselbe strafbare Handlung widersinnig sind. Zu diesem widersinnigen Ergebnis führt aber die Auffassung, die in der vorliegenden Entsch. vertreten wird. Es ist dieser zwar zuzugeben, daß das die Berufung des Angekl. verwerfende Urt. kein Sachurteil, sondern ein Prozeßurteil ist. Es ist auch richtig, daß es unmittelbar eine Sachentscheidung über die Schuldfrage und über die Strafe nicht ausspricht. Seine Wirkung erschöpft sich aber nicht darin, daß es die Versäumnisfolge ausspricht und das Rechtsmittel des Angekl. beseitigt, ebenso als wenn dieser es zulässig zurückgenommen hätte. Vielmehr ist mittelbar doch in dem Prozeßurteil eine Sachentscheidung enthalten, da es das erstinstanzliche Urt., in welchem über Schuld- und Straffrage entschieden ist, bestätigt. Daß die in der Entsch. vertretene Auffassung zu zwei verschiedenen Sachurteilen führen kann, tritt klar zutage, wenn man sich etwa folgenden Fall vergegenwärtigt: Der Angekl. ist in erster Instanz wegen Diebstahls zu einem Jahr Gefängnis verurteilt worden. Gegen dieses Urt. hat die Staatsanwaltschaft unter Beschränkung auf das Strafmaß, der Angekl. in vollem Umfange Berufung eingelegt. In der Berufungsverhandlung bleibt der Angekl. aus. Nun wird nach der vom OLG. Dresden vertretenen Anschauung zunächst die Berufung des Angekl. verworfen und alsdann über die Berufung der Staatsanwaltschaft verhandelt. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft wird das erstinstanzliche Urt. bez. der Strafhöhe aufgehoben und der Angekl. zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt, wobei — der größeren Deutlichkeit halber — unterstellt werden mag, daß die Urteilsverkündung nicht am Tage des Beginnes der Hauptverhandlung, sondern am nächsten oder einem späteren Tage erfolgte. Dann bestehen zwei verschiedene Urt., von denen jedes selbständig anfechtbar ist, was grundsätzlich auch vom BayObLG. a. a. O. anerkannt worden ist. Der Angekl. legt nunmehr gegen das Urt., durch welches seine Berufung verworfen wurde, Revision ein, indem er rügt, daß er nicht ordnungsmäßig geladen worden sei. Das Urt., welches auf die Berufung der Staatsanwaltschaft ergangen ist, läßt er aus Unkenntnis unangefochten. In der Revisionsinstanz wird festgestellt, daß die Ladung des Angekl. nicht vorschriftsmäßig erfolgt ist, seine Berufung daher nicht hätte verworfen werden dürfen. Das von ihm angefochtene Urt. wird daher aufgehoben und die Sache zur Verhandlung über seine Berufung zurückverwiesen, so daß über die Berufung des Angekl. nunmehr durch ein Sachurteil entschieden werden muß. Dann ist inzwischen das auf die Berufung der Staatsanwaltschaft ergangene Urt. rechtskräftig geworden, aber auf die Berufung des Angekl. durch ein neues Sachurteil zu entscheiden, so daß es zu zwei rechtskräftigen Sachurteilen kommen müßte. Hierbei könnte das eine Sachurteil auf Verurteilung, das zweite auf Freisprechung lauten. Mit diesem Ergebnis dürfte die hier bekämpfte Auffassung ad absurdum geführt sein.

In der StPO. a. F. konnte dies widersinnige Ergebnis nicht so zutage treten, weil die Revision gegen Urt. in der Berufungsinstanz nicht auf Verletzung verfahrensrechtlicher Normen, sondern nur auf die Verletzung materiellrechtlicher Normen gestützt werden konnte. Eine unzulässige Verwerfung der Berufung wegen Ausbleibens des Angekl. konnte aber nicht auf Verletzung materiellrechtlicher Normen, sondern nur auf der Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften beruhen. Deren Verletzung konnte aber nicht gerügt werden, so daß Revisionsangriffe gegen die Verwerfung der Berufung wegen Ausbleibens des Angekl. erfolglos bleiben mußten.

2. Die weiter in der vorliegenden Entsch. vertretene Auffassung, daß die Staatsanwaltschaft nach Beginn der ersten, aber vertagten Hauptverhandlung und vor Beginn der erneuerten Hauptverhandlung die Berufung ohne Zustimmung des Angekl. zurücknehmen könne, ist unrichtig. Ich habe diese Auffassung bereits eingehend JW. 1925, 2748 bekämpft.

Die Gründe, die von den Anhängern der in der obigen Entsch. vertretenen Auffassung geltend gemacht werden, sind nicht stichhaltig. Sie gehen von dem Gedanken aus, daß bei der durch die Vertagung notwendig werdenden Erneuerung der Hauptverhandlung die erste Hauptverhandlung nicht mehr als existent zu betrachten sei. Diese Voraussetzung findet jedoch in dem Gesetz selbst keine Stütze. Die Erneuerung der Hauptverhandlung (§ 229 StPO.) zielt lediglich darauf ab, den Grundsatz der Mündlichkeit durchzuführen und zu sichern, daß das Urt. unter dem noch frischen Eindruck der Hauptverhandlung gefällt werde. Eine Fiktion der völligen Auslöschung der Hauptverhandlung als prozessualen Ereignisses ist nirgends vorgeschrieben. Dies zeigt sich in verschiedenen Vorschriften der StPO. (Vgl. meinen angeführten Aufsatz.)

Wenn nun § 303 StPO. anordnet, daß nach Beginn der Hauptverhandlung ein Rechtsmittel nicht ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden kann, so soll damit verhindert

Berufung des Angekl. wegen dessen Ausbleibens gemäß § 329 StPO. verwerfende Urt. ist kein Sachurteil, sondern ein Prozeßurteil, welches als solches eine Sachentscheidung über Schuld oder Strafe nicht trifft, sondern nur die Versäumnisfolge ausspricht und damit das Rechtsmittel des Angekl. beseitigt, ebenso als wenn dieser es zulässigerweise zurückgenommen hätte. Daß die Staatsanwaltschaft ihre Berufung nach vertagter Hauptverhandlung vor der neuen Hauptverhandlung ohne eingeholte Zustimmung des Angekl. zurücknehmen konnte, ist durchaus zweifellos; ein Verstoß gegen § 303 StPO. ist nicht gegeben. (Vgl. Löwe-Rosenberg, Komm. § 303 Note 3.)

OLG. Dresden, 1. StrSen., Urt. v. 5. Jan. 1927, 1 OSt 110/26.

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

37. § 331 StPO. **Eine reformatio in pejus liegt vor, wenn eine Strafe von 2 Wochen Gefängnis von der höheren Instanz umgewandelt wird in 500 M, ersatzweise 1 Tag Gefängnis für je 10 M. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist in ihrer Dauer auf die in der früheren Instanz erkannte Freiheitsstrafe zu beschränken.†)**

Der Beschwerdeführer war durch das Urt. des AG. aus § 184 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. zu zwei Wochen Gefängnis verurteilt worden. Auf Berufung des Angekl. hin wurde in zweiter Instanz an Stelle der vom AG. erkannten zweiwöchigen Gefängnisstrafe wegen desselben Vergehens auf 500 RM Geldstrafe, ersatzweise einen Tag Gefängnis für je 10 RM Geldstrafe, erkannt.

Die lediglich auf Verletzung des Verbots der reformatio in pejus gestützte Revision des Angekl. erscheint begründet.

Die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Tagen — also von mehr als zwei Wochen — Gefängnis verstößt gegen das Verbot der reformatio in pejus des § 331 StPO. Denn der Angekl. hat im Falle der Uneinbringlichkeit der an erster Stelle gegen ihn erkannten Geldstrafe eine höhere Freiheitsstrafe zu verbüßen als sie ihm im erstinstanzlichen Urt. als Hauptstrafe auferlegt war. Die Strafkammer durfte deshalb gegen den Angekl. keine höhere Ersatzfreiheitsstrafe als die im erstinstanzlichen Urt. gegen ihn verhängte Freiheitsstrafe festsetzen.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 1. März 1927, 2 O St 7/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

38. §§ 329 Abs 1, 358 Abs. 2 StPO. **Gegenüber einem nach § 329 Abs. 1 StPO. erlassenen Urteil kommt die Vorschrift in § 358 Abs. 2 nicht in Betracht.†)**

Der Angekl. hatte vom AG. eine Strafe von „insgesamt zwei Monaten Gefängnis" wegen eines vollendeten und eines versuchten Betrugs erhalten. Auf seine Berufung hin hob das LG. das amtsgerichtl. Urt. im Strafausspruch auf und erkannte auf 800 M, hilfsweise acht Wochen Gefängnis. Die hiergegen vom Angekl. eingelegte Revision hatte zur Folge, daß das OLG. das landgerichtl. Urt. wiederum im Strafausspruch mit den hierzu getroffenen Feststellungen aufhob und in diesem Rahmen die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entsch. zurückverwies, da nach § 78 StGB. wegen jeder der beiden abgeurteilten Straftaten auf gesonderte Geld- bzw. Ersatzstrafe erkannt werden müßte. In dem neuen Termin ist der Angekl. unentschuldigt ausgeblieben und daher seine Berufung nach § 329 StPO. verworfen worden, und zwar mit der Maßgabe, daß der Angekl. wegen Betrugs zu 500 M, ersatzweise fünf Wochen Gefängnis, und wegen Betrugversuchs zu 300 M, ersatzweise drei Wochen Gefängnis, verurteilt wurde. Gegen dieses Urt. hat der StA. Revision eingelegt mit der Begründung, § 358 Abs. 2 StPO. sei verkannt worden. Die Berufung des Angekl. habe, da er nicht erschienen sei, in **vollem** Umfange verworfen werden müssen. Das erste BU. stehe nicht entgegen, da dieses gerade im Strafausspruch vom RevG. aufgehoben worden sei.

Das OLG. hat der Rev. unter folgender Begründung stattgegeben:

Die Vorschrift des § 358 Abs. 2 StPO., wonach dann, wenn auf Rev. des Angekl. ein Urt. aufgehoben worden ist, das neue Urt. eine härtere Strafe, als die im ersteren, nicht verhängen darf, hat im gegebenen Falle keine Anwendung leiden können; denn vor die Notwendigkeit und auch nur die Möglichkeit, über die Bestrafung des Angekl. anderweit zu befinden, ist das BerGer. in der erneuten Hauptverhandlung gar nicht gestellt gewesen, weil der Angekl. bei deren Beginnen nicht erschienen, und deshalb gem. § 329 Abs. 1 StPO. seine Berufung sofort, d. h. ohne Eingehen auf die an sich noch zur Verhandlung und Entsch. stehende Straffrage, zu verwerfen war. Es hat sich hier nur um den Ausspruch einer gesetzl. Ungehorsamsfolge, um die Erlassung eines reinen ProzUrt. gehandelt, demgegenüber die Vorschrift § 358 Abs. 2 StPO. überhaupt nicht in Betracht kommt.

Das anges. Urt. unterlag daher, weil diese Verfahrensvorschrift rechtsirrtümlicherweise vom BerGer. angewendet worden ist, und

---

werden, daß der Staatsanwalt (Nebenkl., Privatkl.) sein Rechtsmittel zurücknimmt, wenn der Verlauf des Verfahrens eine dem Angekl. günstige Beurteilung erkennen läßt. Der hierfür maßgebliche Zeitpunkt ist der **Beginn** der Hauptverhandlung, weil sich ja gerade im Laufe der Hauptverhandlung am besten beurteilen läßt, ob das Verfahren ein für den Angekl. günstiges Ergebnis bringen wird. Daß der Gesetzgeber die Möglichkeit der Verhinderung eines milderen Urt. durch Zurücknahme der Berufung bei einer dem Angekl. günstigen Wendung ins Auge gefaßt hat, ergibt die Einführung der Vorschrift. Wenn **Rosenberg** (bei **Löwe** 1927 Anm. 3 zu § 303) die von mir hervorgehobene Gefahr, daß die Staatsanwaltschaft durch Stellung eines **formell** begründeten Beweisantrages das Gericht zur Vertagung zwingen kann, als „graue Theorie" abtun will, zumal jedenfalls ein solches Verfahren mit den Amtspflichten eines Staatsanwalts nicht zu vereinbaren sei, so übersieht er hierbei, daß das gleiche auch für den Nebenkl. und den Privatkl. gilt. OLG. Hamburg (LZ. 1910, 709 = DStZ. 3, 185), auf welches er sich beruft, hatte sich ja gerade mit einem Fall zu befassen, in welchem der Privatkl. Berufung eingelegt hatte. Er übersieht ferner, daß das KG. sich meiner „grauen Theorie" angeschlossen hat. Vgl. Beschl. v. 22. Aug. 1925 (2 W 511/25):

„Die von der Staatsanwaltschaft ausgesprochene Zurücknahme der Berufung war wirkungslos, da sie nach Beginn der Hauptverhandlung gegen den Willen des Angekl. erfolgte. Der Umstand, daß die Zurücknahme erst nach dem Vertagungsbeschluß erklärt wurde, ist bedeutungslos. Das LG. hat daher der Berufung der Staatsanwaltschaft Fortgang zu geben."

In ähnlichem Sinne LG. **Fürth**: JW. 1925, 1049.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Zu 37. Die Entsch. entspricht der bisherigen Rechtsprechung. Sie erklärt die Geldstrafe als der Art nach mildere Strafe gegenüber einer in erster Instanz erkannten Freiheitsstrafe in zweiter Instanz für unbegrenzt zulässig (RG. 2, 205), läßt jedoch die im zweiten Urt. ausgesprochene Ersatzfreiheitsstrafe in der in erster Instanz unbedingt erkannten Freiheitsstrafe ihre Höchstgrenze finden, so daß hier die Vorschrift des § 29 StGB. der des § 331 StPO. weichen muß (OLG. Kolmar GoldtArch. 51, 205; RG. GoldtArch. 50, 288; OLG. Naumburg GoldtArch. 64, 175; KG. DStRZ. 8, 248; OLG. Hamburg, ZStW. 44, 636). Die Begründung ist darin zu finden, daß der Eintritt der Ersatzfreiheitsstrafe ein — regelmäßig — nicht von der freien Entschließung des Verurteilten abhängiger Umstand ist. Wenn der Verurteilte die Geldmittel zur Bezahlung der Strafe nicht aufbringen kann, so tritt die Freiheitsstrafe in Kraft, falls das Gericht nicht eine Anordnung gemäß § 29 Abs. 6 StGB. trifft, was in sein freies Ermessen gestellt ist. Da die durch Verwandlung der unbedingten Freiheitsstrafe in Geldstrafe und damit bedingte Freiheitsstrafe gewährte Vergünstigung in diesem Fall zu einer Verschlechterung der Rechtslage des Angeklagten führen würde, bedeutet die höhere Ersatzfreiheitsstrafe zweifellos eine reformatio in pejus.

RA. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

Zu 38. Die Entsch. ist nicht nur unbefriedigend — wie jede Entsch., durch die materielles Recht aus formalistischen Gründen vereitelt wird —, sondern auch rechtlich sehr bedenklich,

1. weil keiner der Fälle des § 354 Abs. 1 StPO. vorlag, der dem RevG. das Recht, in der Sache selbst zu entscheiden, nur dann einräumt, wenn „ohne weitere tatsächliche Erörterungen nur auf Freisprechung oder auf Einstellung oder auf eine absolut bestimmte Strafe zu erkennen ist, oder das RevG. in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe für angemessen erachtet";

2. weil gegenüber diesen scharf formulierten Ausnahmefällen von der begrenzten Entscheidungsmacht des RevG. eine „entsprechende Anwendung" — in Wahrheit eine Ausdehnung der dem RevG. gezogenen Grenzen — überhaupt nicht zulässig war, vor einer solchen aber auch deshalb hätte zurückgescheut werden müssen, weil das RevG. nicht etwa davon ausgehen konnte, daß es nur diejenige Entsch. fällte, die die StK. bei der gebotenen Zurückweisung gemäß § 353 StPO. zwangsläufig hätte fällen **müssen**. Es konnte ja vielmehr auch der Fall eintreten, daß in der neuen Hauptverhandlung der in der früheren Verhandlung ausgebliebene Angekl. erschien;

3. weil, auch wenn der Angekl. nicht ausgeblieben, über seine Ber. verhandelt worden und auf deren Zurückweisung erkannt worden wäre, nichts entgegenstand, auf Zurückweisung mit der Maßgabe zu erkennen, daß, entsprechend der Direktive des ersten oberlandesgerichtl. Urt. statt auf die 800 M auf die 500 und 300 M und die entsprechenden Ersatzstrafen gesondert erkannt wurde;

4. weil das Verbot der reformatio in pejus des § 358 Abs. 1 StPO., obgleich die Rev. nur von der Staatsanwaltschaft eingelegt war, gem. § 301 StPO. auch für den vorl. Fall galt und einen, das Verfahren so gebieterisch beherrschenden und dem Rechtsbewußtsein so stark entsprechenden, Grundsatz darstellt, daß es nicht zu ungunsten

das Urt. somit auf einem Verfahrensfehler beruht, an sich der Aufhebung nach § 353 StPO., und die Sache der Zurückverweisung an die Vorinstanz nach § 354 Abs. 2 StPO. Das RevGer. erachtete es jedoch für unbedenklich, statt dessen in entspr. Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. die an Stelle der ergangenen zu setzende Entsch. selbst zu treffen, indem es das angef. Urt. dahin änderte, daß die Berufung gegen das Urt. des AG. auf des Angekl. Kosten verworfen wird und dem Angekl. die Kosten des ersten RevVerfahrens auferlegt werden.

(OLG. Dresden, 1. StS., Urt. v. 4. Mai 1927, 1 O St 61/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

39. § 340 StPO. in der Fassung v. 27. Dez. 1926 (RGBl. 529). **In den Fällen des § 334 StPO. können Verfahrensmängel nur dann wirksam gerügt werden, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des Ges. v. 27. Dez. 1926, dem 13. Jan. 1927, die Revisionsgründungsfrist noch lief.** †)

Die erhobene Verfahrensrüge ist nach § 340 StPO. unzulässig. Hieran ändert auch die durch das RGes. v. 27. Dez. 1926 getroffene Abänderung des § 340 StPO. nichts, weil dieses Ges. z. Z. der Revisionsbegründung noch nicht in Kraft war und § 2 Abs. 2 StGB. nur auf das sachliche Recht, nicht auch auf prozeßrechtliche Bestimmungen Anwendung findet.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 26. Jan. 1927, 2 OSta 133/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

Frankfurt a. M.

40. §§ 395, 403 StPO. **Zulässigkeit der Nebenklage.** †

Bei Zulassung der Nebenklage kommt es nur darauf an, ob die rechtliche Möglichkeit besteht, daß die den Gegenstand der Anklage bildende Tat unter demjenigen Gesichtspunkte abgeurteilt wird, auf den die Nebenklage gestützt ist. Die erste Instanz hat diese Möglichkeit bejaht, und zwar auf Grund der Prozeßlage, die z. Z. der Zulassung bestand. Durch diese rechtmäßige Zulassung hat der Nebenkläger bestimmte prozeßrechtliche Befugnisse erworben. Diese Befugnisse können ihm nicht beliebig wieder entzogen werden. Ihre Beseitigung ist nur dadurch möglich, daß der Beschluß, auf dem sie beruhen, mit dem gesetzlich zulässigen Rechtsmittel der Beschwerde angefochten wird (RGSt. 51, 130). Der Rechtsmittelinstanz ist eine Prüfung des Fortbestehens der Nebenklagevoraussetzungen verwehrt. Eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes und ein auf Grund der Hauptverhandlung in bezug auf die Qualifikation der Straftat erzieltes anderes Ergebnis beseitigen die Rechte des Nebenklägers nicht. Denn welche Strafbestimmungen einschlagen, ist erst durch Sachentscheidung festzustellen, von dem Inhalt der Sachentscheidung hängt aber die prozessuale Frage der Legitimation des Nebenklägers nicht ab (Löwe, Anm. 1 zu § 395 und Anm. 4 zu § 396; RGSt. 59, 102 und 54, 307).

Die Legitimation des Nebenklägers nach § 403 StPO. ist auch nicht dadurch verlorengegangen, daß er in der ersten Instanz einen Antrag auf Zuerkennung einer Buße nicht gestellt hat und daß nach § 404 Abs. 1 StPO. in zweiter Instanz eine Buße nicht mehr verlangt werden kann. Der Zulassungsbeschluß hat eine von der Ausübung dieses Antragsrechtes unabhängig konstitutive Wirkung (RGSt. 41, 176 und JW. 1926, 2738 Fußnote Prof. v. Beling, ferner JW. 1927, 132 Fußnote Dr. Weber).

(OLG. Frankfurt a. M., StS., Urt. v. 8. Febr. 1927, S 9/27.)

*

Hamburg.

41. § 413 StPO. **Eine polizeiliche Strafverfügung, in der die Beweismittel nicht genügend bezeichnet sind, vermag die Verjährung nicht zu unterbrechen, ist aber nicht völlig nichtig; mangelnde Prozeß- oder Urteilsvoraussetzung ist deshalb nicht anzunehmen.** †)

Nicht zutreffend ist die Ansicht, daß die poliz. Strafverf. nichtig ist, wenn in ihr die Bezeichnung der Beweismittel (§ 413 Abs. 3 StPO.) nur mit den Worten: „Zeugnis der betreffenden Polizeibeamten" geschehen ist.

---

des Angekl. mit der Wirkung der Aufrechterhaltung einer erstinstanzlich erkannten Gefängnisstrafe ignoriert werden durfte, nachdem die BerInst. zweimal erklärt hatte, daß eine Geldstrafe genüge.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 39. Das Anwendungsgebiet des § 340 StPO., durch den die Revision aus prozessualen Gründen ausgeschlossen wird, ist erfreulicherweise immer mehr eingeschränkt und zurückgedrängt worden: ursprünglich nach der Novelle von 1924 bezog sich die Bestimmung auf die Revisio per saltum voluntaria (§ 335 StPO.) und necessaria (§ 334 StPO.) und es kam ihr deshalb eine sehr weitreichende Bedeutung bei, weil letztere (die gesetzliche Sprungrevision) nicht nur für Übertretungen, sondern auch für Privatklagen galt (§ 313 StPO.). Diese unerhörte Bagatellisierung des Ehrenschutzes ist durch das Ges. v. 22. Dez. 1925 glücklicherweise wieder beseitigt worden, indem die Privatklagevergehen aus § 313 und damit aus §§ 334, 340 StPO. entfernt wurden. Die Haftnovelle v. 27. Dez. 1926 ist noch einen Schritt weiter gegangen: sie hat in § 340 StPO. unmittelbar die Revisio per saltum necessaria im ganzen gestrichen (nämlich die Worte: „an Stelle der Berufung stattfindet [§ 334] oder"), so daß nunmehr ein Ausschluß prozessualer Revision nur stattfindet, wenn es die Parteien des Strafprozesses selbst wollen (§ 335).

Das vorliegende Urt. erklärt gleichwohl eine Prozeßrüge bei gesetzlicher Sprungrevision für unzulässig, weil das Reichsgesetz v. 27. Dez. 1926 (Haftnovelle) „zur Zeit der Revisionsbegründung noch nicht in Kraft war". Ob damit gemeint ist: z. Z. der tatsächlichen Revisionsbegründung, oder: z. Z. des Ablaufs der Revisions- oder Rechtfertigungsfrist (§ 345 StPO.), ist nicht klar ersichtlich.

Begründet wird dieser Standpunkt damit, daß „§ 2 Abs. 2 StGB. nur auf das sachliche Recht, nicht auch auf prozeßrechtliche Bestimmungen Anwendung findet". An der Richtigkeit dieser Abgrenzung des § 2 StGB. ist nicht zu zweifeln; aber die Bezugnahme auf ihn trifft nicht den Kern der Sache. Gefragt ist vielmehr: ob die Neugewähr prozessualer Befugnisse — hier also der Befugnis, die Revisio per saltum necessaria nunmehr auch auf prozessuale Rügen zu stützen — sofort und in jeder Beziehung für jeden anhängigen Prozeß gilt. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen: nicht durch Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 StGB., sondern durch allgemeine Erwägungen über das Inkrafttreten von Gesetzen.

Die Haftnovelle — Ges. zur Abänderung der StPO. v. 27. Dez. 1926 (RGBl. 529) — ist am 13. Jan. 1927 in Kraft getreten. Der Beschwerdeführer hatte offenbar vor diesem Zeitpunkt die Prozeßrüge bereits erhoben; sie war in diesem früheren Zeitpunkt gesetzlich unzulässig. Lief die Rechtfertigungsfrist (§ 345 StPO.) am 13. Jan. 1927 noch, so ist kein Grund ersichtlich, warum die nunmehr zulässige Prozeßrüge nicht hätte nachgeholt werden können; es würde aber einen dem Willen des Gesetzgebers gewiß nicht entsprechenden Formalismus bedeuten, wollte man eine solche ausdrückliche Nachholung fordern und nicht vielmehr die bereits erfolgte Rüge nunmehr ohne weiteres wirksam werden lassen. Fraglich kann nur der Fall sein, wenn die Rechtfertigungsfrist am 13. Jan. 1927 bereits abgelaufen war. Man könnte argumentieren: die erhobene Prozeßrüge war im früheren Zeitpunkt unwirksam; eine rechtzeitige Wiederholung in wirksamer Weise ist nicht erfolgt und konnte nicht erfolgen, ein nachträgliches Vorbringen ist nicht mehr möglich (Löwe, StPO. § 345 N. 5b), das angefochtene Urt. ist also insoweit unanfechtbar geworden (§ 343 StPO.). Aber auch diese Argumentation würde einen unzulässigen Formalismus bedeuten. Man nehme folgenden Fall: der Beschwerdeführer hat nach Ausgabe des neuen Gesetzes (30. Dez. 1926), während seine Rechtfertigungsfrist noch lief, im Blick auf das schon sichere Inkrafttreten des Gesetzes am 13. Jan. 1927 die prozessuale Rüge erhoben. Warum soll ihm dies nicht zugute kommen? Etwa deshalb, weil das Gericht ihm diese Rüge durch eine Verhandlung der Sache noch vor dem 13. Jan. 1927 wieder abschneiden könnte? Man darf nicht eine solche schikanöse Prozeßführung als Norm zugrunde legen. Recht und Billigkeit entspricht es, die dem Beschwerdeführer günstige prozessuale Lage, auf die schon eine begründete Anwartschaft besteht, nach Möglichkeit auch zur Auswirkung gelangen zu lassen. Findet demnach die Hauptverhandlung, wie hier, erst nach Inkrafttreten des günstigeren Gesetzes statt (25. Jan. 1927: die Bezeichnung des Urt. mit „25. Jan. 1926" ist offensichtlich ein Schreibfehler), so ist es geboten, die erhobene prozessuale Rüge als nunmehr zulässig geworden zu behandeln. Daß es mitunter von Zufälligkeiten abhängt, ob die Prozeßhandlung früher vorgenommen worden ist oder nicht, muß in Kauf genommen werden.

Nicht aus § 2 Abs. 2 StGB., wohl aber aus Erwägungen über das Inkrafttreten neuen Rechts überhaupt, ist also der Rechtssatz abzuleiten: ist die Ausübung prozessualer Befugnisse durch das im Augenblick der Hauptverhandlung geltende Gesetz gerechtfertigt, so kann dem frühere Unzulässigkeit nicht entgegengehalten werden. Die Verbesserung des Prozeßgesetzes kommt dem Prozeßbeteiligten zustatten. Die Umkehrung des Satzes, daß die früher zulässige Prozeßhandlung durch das neue Gesetz rückwirkend unzulässig werde, ist damit nicht ausgesprochen.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg.

Zu 40. Vgl. Hirsch und v. Beling: JW. 1926, 2737/38; Weber: JW. 1927, 132 ff. und neuestens DRZ. Heft 5 v. 15. Mai 1927, Rspr. 1927 Nr. 430 (RG., 2. StS., 2 D 164/27 v. 31. März 1927) und Nr. 450 (OLG. Dresden, 2. StS., 2 O St 98/27 vom 15. März 1927).

RA. Dr. E. Hirsch, Wiesbaden.

Zu 41. Man wird dem Standpunkt des OLG. Hamburg, daß es behebbare Mängel der polizeilichen Strafverfügung gibt,

Eine polizeiliche Strafverfügung kann dreierlei Funktionen erfüllen: Einmal wirkt sie, wenn sie unangefochten bleibt, wie ein rechtskräftiges Urteil mit gewissen hier nicht in Frage kommenden Einschränkungen. Sodann wirkt sie nach § 413 Abs. 4 StPO. in betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung. Drittens endlich erfüllt sie, wenn rechtzeitig auf gerichtliche Entscheidung angetragen wird, die Funktionen der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses, indem nunmehr (§ 416 StPO.) ohne weiteres zur Hauptverhandlung geschritten wird. In ihren erstgenannten beiden Funktionen ist die Strafverfügung ein Staatsakt, der die Rechtsstellung des Beschuldigten wesentlich und unmittelbar berührt. Es ist daher zu verlangen, daß insofern die vom Gesetz streng vorgeschriebene Form („muß . . . bezeichnen") voll erfüllt wird. Ist dies nicht geschehen, so muß der Strafverfügung insoweit die Wirksamkeit abgesprochen werden, wie bereits in den Urteilen v. 11. Nov. 1926 und v. 6. Dez. 1926 (R III 154/26 und 172/26) hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung erkannt ist. Die Frage, ob die Vollstreckung einer in dieser oder anderer Hinsicht mangelhaften polizeilichen Strafverfügung zulässig ist, wenn sie unangefochten bleibt, bedarf hier keiner eingehenden Prüfung, zumal da die Entscheidung dieser Frage zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gehören würde.

Anders liegt es in betreff der dritten Funktion der Strafverfügung. Mängel der Anklageschrift sind im allgemeinen überhaupt nicht von Erheblichkeit, da das Urteil nicht auf ihnen beruht (Löwe, 7. Aufl. S. 463, 475; RG. 31, 100), Mängel des Eröffnungsbeschlusses dann nicht, wenn durch Ergänzung und Hinweis in der Hauptverhandlung bewirkt werden kann und bewirkt wird, daß der Angekl. in seinen Rechten nicht beeinträchtigt wird (vgl. RG. 24, 64; 31, 104; 54, 294), während allerdings, wenn der Eröffnungsbeschluß nicht ordnungsmäßig unterschrieben ist, oder wenn ein ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, der Mangel einer Prozeßvoraussetzung vorliegt (RG. 43, 218; 55, 113). Die Hauptverhandlung mit ihren Garantien für die Verteidigung des Angekl. ist so sehr Kern und Hauptstück des Strafverfahrens, daß Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß ihr gegenüber zurücktreten, wenn sie nur solche Mängel aufweisen, die ohne Nachteil für den Angekl. behoben werden können und behoben werden. Im abgekürzten Verfahren des § 212 StPO. kann sogar ohne Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß verhandelt werden, aber auch für das regelmäßige Verfahren gilt, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß nur eine untergeordnete Bedeutung haben, wenn es zur Hauptverhandlung kommt.

Die Vorschrift, daß die Strafverfügung die Beweismittel bezeichnen soll, entspricht der gleichen Vorschrift für die Anklageschrift (§ 200 StPO.). Der Angekl. soll nicht durch Beweismittel, die ihm nicht bekannt sind, überrascht werden. Macht er in der Hauptverhandlung von dem Recht auf Aussetzung der Verhandlung, wenn ihm Beweismittel nicht rechtzeitig namhaft gemacht sind (§ 246 Abs. 2), keinen Gebrauch, so kann er nicht nachträglich in der Revisionsinstanz geltend machen, es habe ein Mangel der Anklageschrift vorgelegen und ebensowenig, es fehle an einer wirksamen Strafverfügung. Jener Mangel ist damit gegenstandslos geworden (vgl. auch Ztschr. f. d. ges. StrRW. 43, 629, wonach das KG. früher in ständiger Rechtsprechung auf dem gleichen oder einem ähnlichen Standpunkt gestanden hat, den es neuerdings freilich verlassen hat, indem es bei mangelnder Bezeichnung der Beweismittel absolute Nichtigkeit der Strafverfügung anzunehmen scheint, vgl. JW. 1926, 2781)

Die polizeiliche Strafverfügung ist also eine Prozeß- oder Urteilsvoraussetzung nur in dem entsprechenden Maße, wie es Anklage und Eröffnungsbeschluß sind. Würde es ihr — wie es der Beschwerdeführer als Beispiel anführt — völlig an der Bezeichnung einer Tat fehlen, so würde allerdings fraglich sein, ob eine genügende Grundlage für ein Strafverfahren vorhanden wäre, es sei denn, daß dieser Mangel etwa durch Zustimmung des Beschuldigten gegenstandslos würde, denn auch dem Beschuldigten steht in seinem eigenen Interesse in gewissem Umfange (vgl. §§ 212, 266 Abs. 1 StPO.) das Recht zu, auf die vorgeschriebenen Formen zu verzichten.

Die Unwirksamkeit der mangelhaften polizeilichen Strafverfügung ist also nicht absolut, sie ist, auch wenn sie der Vorschrift nicht entspricht, nicht völlig nichtig, sondern nur relativ unwirksam; ein Strafverfahren kann, wenn die Mängel unwesentlich sind oder behoben werden können, auf ihrer Grundlage eingeleitet werden. Gegen diese Relativität der Wirksamkeit der fehlerhaften polizeilichen Strafverfügung bestehen theoretische Bedenken nicht (vgl. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 46, 120 usw.).

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 24. Jan. 1927, R III 197/26.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

Jena.

42. §§ 24, 25 GVG.; §§ 264, 270, 328 StPO. **Der Amtsrichter ist für die Frage der Zuständigkeit nicht dasselbe Gericht wie das Schöffengericht. Die Zuständigkeit des Amtsrichters bleibt bestehen, wenn sich die Tat nach dem Antrage des Amtsanwals, vorm Amtsrichter zu verhandeln, als schwereres Vergehen erweist.**

Vom staatsrechtlichen Standpunkte der Behördenorganisation bildet allerdings das AG. eine Einheit, damit wird aber nicht ausgeschlossen, daß es mehrere Strafgerichte, den Amtsrichter und das Schöffengericht umfaßt, deren Zuständigkeit gesetzlich, nicht richterlich, besonders geordnet ist. Vom Standpunkte der Zuständigkeit bilden diese Gerichte i. S. der StPO. und des GVG. besondere Organe der Strafgerichtsbarkeit mit selbständigem sachlichen Wirkungskreise. Dafür spricht vor allem der Zweck der Abgrenzung, wonach, weil das stärker besetzte Gericht größere Gewähr für richtige Rspr. bietet als das schwächer besetzte, dem stärker besetzten Gerichte die Erledigung wichtigerer Fälle anvertraut ist. Dabei handelt es sich nicht um Verteilung verschiedener Tätigkeiten innerhalb desselben Geschäftsbereichs (funktionelle Zuständigkeit), sondern um dieselbe richterliche Verhandlung und Entscheidung. Auch eine bloße verschiedene Besetzung desselben Gerichts (§ 122 GVG.) kommt nicht in Frage, sondern Amtsrichter und Schöffengerichte bedeuten andere selbständige Organe der Strafgerichtsbarkeit. Den Schöffengerichten widmet das GVG. einen besonderen Titel neben dem, der von den AG. handelt, ebenso trennt es in §§ 73, 74, 76 GVG. Amtsrichter und Schöffengericht. Entsprechend ist auch früher das Schwurgericht vom Standpunkte der Zuständigkeit aus nicht als dasselbe Gericht wie die damals noch im ersten Rechtsgange erkennende StK. angesehen worden (vgl. Ullmann, StPO. S. 115).

So ist das Schöffengericht für die Frage der Zuständigkeit höheres Gericht gegenüber dem Amtsrichter i. S. des § 2 StPO.; es muß i. S. des § 270 StPO. die Verweisung an das zuständige Schöffengericht oder den Amtsrichter, nicht an das AG. erfolgen. Gegen die Gleichbehandlung von Amtsrichter und Schöffengericht spricht auch, daß sonst eine Verweisung vom Amtsrichter an das Schöffengericht überhaupt nicht möglich wäre (vgl. Löwe-Rosenberg, § 328[12] StPO.; OLG. Dresden: JW. 1925, 2811; OLG. Rostock bei Alsberg, Strafproz. Entsch. Bd. II Nr. 208; Kleefisch: JW. 1926, 2236; a. M. OLG. Rostock bei Alsberg, Strafproz. Entsch. Bd. II Nr. 209; LG. Altona: JW. 1926, 2236).

(OLG. Jena, Urt. v. 3. Juni 1927, S 91/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Zeunert, Jena.

*

Karlsruhe.

43. § 114d StPO. **Ist eine Haftbeschwerdeentscheidung der StK. durch eine auf Grund mündl. Verhandlung vom Untersuchungsrichter verfügte Aufrechterhaltung des Haftbefehls überholt, dann ist die Beschwerde hiergegen ans Landgericht, nicht die weitere Beschwerde gegen den Strafkammerbeschluß ans OLG. möglich.**

Die Verhaftung des Angeschuldigten, die Einlegung der Beschwerde gegen den Haftbefehl und die Entsch. über die Beschwerde sind vor Inkrafttreten der sog. Haftnovelle (13. Jan. 1917) erfolgt.

---

beitreten können. Schon vor Erlaß des Hamburger Urteils hat sich ein Urt. des III. StS. des KG. v. 10. Jan. 1927, 3 S 343/26, mit der Frage beschäftigt, welchen Einfluß ein untergeordneter Mangel der polizeilichen Strafverfügung auf das gerichtliche Verfahren hat; es gelangt demnächst in GoltdArch. zum Abdruck. Dort handelt es sich um einen andern Mangel der Strafverfügung: das Strafgesetz, dessen Bezeichnung von § 413 StPO. vorgeschrieben ist, war in ihm nur unvollkommen wiedergegeben. Das Urt. des KG. geht auf die Frage, ob der Mangel revisibel ist, nicht näher ein, lehnt aber die Auffassung ab, daß es sich hierbei um das von Amts wegen zu berücksichtigende und zur Einstellung des Verfahrens führende Fehlen einer Prozeßvoraussetzung handle. Die erforderliche Prozeßvoraussetzung sei schon erfüllt, wenn die Strafverfügung von dem zum Erlasse einer polizeil. Strafverfügung berufenen Beamten erlassen sei und eine Urkunde vorliege, die äußerlich erkennen lasse, daß sie eine polizeil. Strafverfügung darstellen solle, und die wegen einer darin bezeichneten Handlung eine Strafe festsetze. Es wird daran festzuhalten sein, daß, wenn der Mangel ein wesentlicher ist, z. B. ein unzuständiger Beamter die Strafverfügung erlassen hat oder die Bezeichnung einer Tat oder die Straffestsetzung ganz fehlt, ein von Amts wegen zu berücksichtigender Mangel einer Prozeßvoraussetzung gegeben ist, die zur Einstellung des der ordnungsmäßigen Grundlage entbehrenden Verfahrens führen muß. Hier wird man den vom OLG. Hamburg eröffneten Ausweg eines Verzichts des Angekl. und dadurch bewirkte Heilung nicht gelten lassen können.

Ist der Mangel aber unwesentlich, so wird man die Revisionsrüge wegen Verfahrensmangels (§ 340 StPO.) zuzulassen, sie aber für unbegründet zu erachten haben, wenn der Angekl. durch sein früheres Verhalten gezeigt hat, daß er auf die Einhaltung der Formvorschrift kein Gewicht legt.

Der I. StS. des KG. hat bisher (vgl. noch GoltdArch. 71, 46) einen strengeren Standpunkt eingenommen und das Verfahren mangels einer Prozeßvoraussetzung z. B. schon dann eingestellt, wenn in der Strafverfügung als Beweismittel die „amtliche Anzeige", also kein Beweismittel i. S. der StPO., angeführt war.

KGR. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Da die Novelle auf dieses schwebende Verfahren sofort Anwendung fand (vgl. § 8 EinfGStPO.), war trotz des durchgeführten Beschwerdeverfahrens auf Antrag des Angeschuldigten nach mündlicher Verhandlung darüber zu entscheiden, ob der Haftbefehl aufrechtzuerhalten sei oder nicht (§ 114d StPO.). Nachdem aber auf Grund der mündlichen Verhandlung v. 29. Jan. 1927 von dem zuständigen Untersuchungsrichter die Aufrechterhaltung des Haftbefehls beschlossen wurde, sind die früheren gerichtlichen Entsch. über die Haft des Angeschuldigten überholt. Seine Inhaftierung beruht auf dieser jüngsten Entsch. des Untersuchungsrichters, gegen die dem Angeschuldigten nur die Beschwerde an das LG. zusteht. Die weitere Beschwerde gegen den älteren Beschl. der StK., die trotz Hinweises ausdrücklich aufrechterhalten wurde, ist gegenstandslos und daher unzulässig.

(OLG. Karlsruhe, StS., Beschl. v. 23. März 1927, S B 34/27.)

Mitgeteilt von SenPräs. Buzengeiger, Karlsruhe.

*

Kassel.

44. **§ 300 StPO. Eine nicht rechtzeitig begründete Revision gegen ein Amtsgerichtsurteil kann als Berufung angesehen werden. †)**

Nach § 300 StPO. ist ein Irrtum in der Bezeichnung des Rechtsmittels unschädlich. Weiter muß davon ausgegangen werden, daß in der Regel der BeschwFührer das zunächst gegebene Rechtsmittel einlegen will. Es müssen also besondere Umstände vorliegen, wenn man diesen nächstliegenden Schluß ausscheiden will. Wenn nun hier das LG. ausführt, der Angekl. bestreite die der Verurteilung zugrunde gelegten Tatsachen nicht, so läßt dieser Umstand allein sich bei einem Laien nicht ohne weiteres dahin auslegen, daß er unter Übergehung einer Instanz unmittelbar die 3. Instanz habe anrufen wollen. Daß dem Angekl. aber eingehendere Kenntnisse des Verfahrensrechts fehlen, geht schon daraus hervor, daß er in seinem Schreiben v. 19. Juli 1926 erklärt, er lege Revision **beim** KG. ein, und daß er es versäumt hat, die Revisionsanträge zu stellen und die Revision zu begründen. Auch die Erklärung v. 26. Aug. 1926 läßt keinen zweifelsfreien Schluß dahin zu, daß der Angekl. **nicht** hat Berufung einlegen wollen. Es bleibt somit das Schreiben des Angekl. v. 6. Sept. 1926, worin er ausdrücklich erklärt, daß er mit seinem Schreiben v. 19. Juli 1926 Berufung habe einlegen wollen. Diese Erklärung läßt sich nicht widerlegen. Es muß daher zugunsten des Angekl. die Berufung durch den Schriftsatz v. 19. Juli 1926 als eingelegt und damit als **rechtzeitig** eingelegt angesehen werden.

(OLG. Kassel, StS., Beschl. v. 26. Okt. 1926, 3 W 144/26.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Martin Isaac, Berlin.

*

Königsberg.

45. **Wegen Zuwiderhandelns gegen § 77 der Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 4. Dez. 1916 kann ein Geschäftsführer einer GmbH. nicht bestraft werden, wenn auch seine Stammeinlage einen erheblichen Teil des Stammkapitals bildet. †)**

Der Angekl. hat in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer einer GmbH., bei der seine Stammeinlage $1/3$ des gesamten Stammkapitals betrug, in dem über eine Firma eingeleiteten Geschäftsaufsichtsver-

---

Zu 44. Die streitige Frage, ob § 300 StPO. auch in den Fällen Anwendung findet, in denen ein Urt. sowohl mit der Berufung wie mit der Revision angegriffen werden kann (§ 335 StPO.), wird vorliegend — in Übereinstimmung mit OLG. Frankfurt a. M.: JW. 1926, 1250; BayObLG.: JW. 1925, 1015 [6], 1517 [5] u. 1519 [9]; OLG. Darmstadt: JW. 1925, 1527 [3] — **bejaht**. Die gegenteilige Ansicht — daß nämlich im Falle des § 335 StPO. für eine Anwendung des § 300 StPO. kein Raum sei — wird vom KG.: JW. 1925, 1032 [14]; OLG. Königsberg: JW. 1925, 1545 [12]; **Goldschmidt**: JW. 1925, 1032 Anm. zu Nr. 14 und 1519 Anm. zu Nr. 9, sowie **Beling**: JW. 1925, 1518 Anm. zu Nr. 5 vertreten.

Obwohl eigentlich die Entstehungsgeschichte des § 300 — des früheren § 342 — StPO., wie **Goldschmidt** (JW. 1925, 1032) mit Recht hervorhebt, diese Vorschrift auf die erst durch die Nov. v. 4. Jan. 1924 geschaffene Rechtslage des § 335 StPO. als unanwendbar erscheinen läßt, ist doch die erweiterte Auslegung des § 300 StPO. in Fällen der vorl. Art nur zu begrüßen. Die für den Laien häufig schwierige Entsch., welches Rechtsmittel im Einzelfall einzulegen ist — vgl. z. B. die widersprechenden Urt. d. KG.: JW. 1925, 2278 und d. BayObLG.: JW. 1925, 1915 —, erfordert als Ausgleich eine in diesen Fragen möglichst großzügige, von einengender Auffassung befreite Gesetzesanwendung (vgl. **Mannheim**: JW. 1926, 1250 Anm. zu Nr. 8 a. E.).

Da § 300 StPO. nur die irrtümliche **Bezeichnung** des Rechtsmittels für unschädlich erklärt, ist klargestellt, daß die irrtümliche **Wahl** des Rechtsmittels ohne Bedeutung und wie jede andere irrtümlich abgegebene Prozeßerklärung zu behandeln ist.

In Fällen, in denen der Remedent zwischen mehreren Rechtsmittelarten wählt, d. h. im Bewußtsein der verschiedenen Möglichkeiten sich für ein Rechtsmittel entscheidet, liegt eine irrtümliche Bezeichnung (§ 300 StPO.) nur dann vor, wenn er die gesetzestechnischen Ausdrücke — Beschwerde, Berufung, Revision — verwechselt hat. Dies muß bei einem Anwalt im Interesse eines geordneten Verfahrens als durch eine unwiderlegbare Vermutung ausgeschlossen erachtet werden; deshalb sind m. E. die Entsch. JW. 1925, 1015 [6], 1517 [5], 1527 [3] u. JW. 1926, 1250 [8], welche die von Verteidigern eingelegten Rechtsmittel umdeuten, unrichtig. Die irrige Annahme, daß ein anderes als das eingelegte Rechtsmittel nicht zulässig sei, stellt lediglich einen unbeachtlichen Irrtum im Beweggrunde dar (vgl. OLG. Königsberg a. a. O.; **Löwenstein**: JW. 1925, 1015 Anm. zu Nr. 6). In den Fällen § 335 StPO. kommt es somit allein darauf an, welches Rechtsmittel der — nicht rechtskundige — BeschwFührer **gewollt** hat. Die Rechtsmittelerklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen, wobei auf die geringe Kenntnis des Publikums von prozessualen Begriffen Rücksicht zu nehmen ist. Im allgemeinen wird aus der Prozeßlage und aus dem Inhalt der Rechtsmittelschrift der wahre Wille des BeschwFührers erkennbar sein (vgl. RG.: DRZ. 1926, Rspr. Nr. 888); soweit dies nicht der Fall ist, muß durch Befragung Aufklärung geschaffen werden (vgl. **Schwarze** in Holtzend. Hdb. d. Dtsch. StrafProzR, § 342 StPO. Anm. 1). In diesem Zusammenhange sei erwähnt, daß nach d. Allg. Verf. d. Pr. JustMin. v. 9. Sept. 1925 (JMBl. 337) der Angekl., der eine unzulässige Berufung eingelegt hat, bei Zustellung des Urt. in folgender Weise zu belehren ist:

„Das ergangene Urt. kann mit der Berufung nicht angefochten werden. Zulässig ist nur die Revision (§ 313, 334 StPO.). Falls Sie nicht binnen fünf Tagen unter Angabe des Aktenzeichens mitteilen, daß Sie Revision nicht einlegen wollen, wird ihre Berufung als Revision behandelt werden."

Mit der Aufstellung eines Rechtsgrundsatzes, daß eine Rechtsmitteleinlegung immer als Einlegung des nach der besonderen Prozeßlage gerade zulässigen und den Belangen des BeschwFührers dienlichen Rechtsmittels anzusehen und zu würdigen ist (vgl. BayObLG. StS. 10, 57; JW. 1925, 1015 [6]; **Löwe-Rosenberg**, Anm. 2 zu § 300; **Stenglein**, Anm. zu § 342 StPO.), läßt sich in solchen Fällen nicht viel beginnen, in denen, wie vorliegend, sowohl Berufung wie Revision zulässig ist. Da abgesehen hiervon die Frage, welches der beiden zulässigen Rechtsmittel den Interessen des BeschwFührers dienlich ist, allein ex post, jedenfalls aber nur subjektiv vom persönlichen Standpunkt des BeschwFührers aus zu beantworten ist, fehlt dem zur Auslegung der Rechtsmittelerklärung berufenen Ger. die Möglichkeit, aus den vorbezeichneten Kriterien eine Entsch. zu fällen. Nach allgemeiner Erfahrung ist aber in Übereinstimmung mit dem vorstehenden Beschl. anzunehmen, daß der mit einer Entsch. unzufriedene Laie in möglichster Erschöpfung des Rechtsmittelzuges nicht sogleich die höchste, sondern zunächst die höhere Instanz anrufen will, in der er die ihm nicht zusagende Entsch. nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Beziehung angreifen kann. Mit Recht legt das OLG. Kassel bei der Auslegung der Rechtsmittelerklärung des Angekl. auf den Umstand kein Gewicht, daß er die der Verurteilung zugrunde gelegten Tatsachen nicht bestreitet. Abgesehen davon, daß eine Kenntnis spezieller strafprozessualer Vorschriften, wie der des § 337 StPO., bei einem Laien nicht zu erwarten ist, kann der BeschwFührer sowohl eine **rechtliche** Nachprüfung der Entsch. in der **Berufungsinstanz** als auch eine Herabsetzung der Strafe beabsichtigt oder ein neues **tatsächliches** Vorbringen aus besonderen Gründen sich für die Hauptverhandlung in der höheren (Tatsachen-) Instanz vorbehalten haben. Die oben erörterte allgemeine Erfahrung in Verbindung mit der unwiderlegbaren Erklärung des Angekl. im Schreiben v. 6. Sept. 1926 rechtfertigt mithin die vorstehende Entsch.

Völlig verschieden von dieser Rechtslage sind die Fälle, in denen der BeschwFührer nach Abgabe der Rechtsmittelerklärung seinen Willen ändert und an Stelle des eingelegten Rechtsmittels ein anderes, gemäß § 335 StPO. auch zulässiges Rechtsmittel wählt. Soweit diese Änderung der Wahl des Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist geschieht, ist sie als wirksam anzuerkennen (vgl. RG.: DRZ. 1926, Rspr. Nr. 887). Dagegen ist nach Ablauf der Frist die eine Änderung des Rechtsmittels bezweckende Erklärung mit der öffentlich-rechtl. Natur des Prozesses und der Sicherheit des Verfahrens als unvereinbar und für ebenso unzulässig zu erachten wie der Widerruf oder die Anfechtung rechtsförmlich abgegebener prozessualer Willenserklärungen (vgl. RGSt. 32, 280; 40, 135; 57, 83; RG.: JW. 1926, 2448 [5]; RG.: DRZ. 1926, Rspr. Nr. 757 u. 1095; BayObLG. StS. 2, 24; BayObLG.: JW. 1925, 1015 [8] und 1926, 2770 [1]; OLG. Frankfurt a. M.: JW. 1927, 932 [22]; OLG. Königsberg: JW. 1925, 1545 [12]; **Löwe-Rosenberg**, 17. Aufl., Anm. 1 zu § 300; vgl. ferner RG. 81, 177; **Stein-Jonas**, 12. Aufl., Vorbem. 3, 6 vor § 128).

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 45. Nur die §§ 244 KO. und 83 GmbHG. bedingen die Strafbarkeit der Gesellschaftsorgane (RGSt. 13, 240). Strafrechtl. kann nur auf Grund ausdrücklicher Gesetzesvorschr. die Eigenschaft des Täters bejaht werden: Nulla poena sine lege. Die Entsch. bemerkt daher mit Recht, daß die Erweiterung des § 83 a. a. O. sich

fahren sich besondere Vorteile für die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag versprechen lassen und ist wegen Vergehens gegen § 77 der Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 4. Dez. 1916 verurteilt. Auf seine Revision ist er freigesprochen, weil er nicht Gläubiger i. S. dieser Bestimmung ist.

Die StK. bejaht die Gläubigereigenschaft des Angekl. mit der Begründung, er sei zu einem Drittel des gesamten Stammkapitals Mitgesellschafter der GmbH. und infolgedessen wirtschaftlich und mittelbar auch Gläubiger. Das ist rechtsirrig. Es geht nicht an, den Begriff „Gläubiger" im Wege der juristischen Auslegung soweit zu dehnen, daß der Täter lediglich auf Grund seiner wirtschaftlichen Stellung zu der von ihm vertretenen GmbH. zum Gläubiger gemacht wird, trotzdem er rechtlich nicht Gläubiger ist. Derartiges widerspricht dem Wesen des Strafrechts. Die GmbH. ist eine juristische Person, also nur ein fingiertes Rechtssubjekt ohne natürliche Handlungsfähigkeit und demnach auch ohne strafrechtliche Verantwortlichkeit. Strafbar können sich deshalb durch ihre Handlungen nur die Vertreter der juristischen Personen machen. Denn Strafbarkeit setzt eben voraus, daß in ihrer Person und in demjenigen, was sie tun, der gesamte Tatbestand der von dem Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung sich erfüllt (RG. 16, 123 f.). Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Der gesamte Tatbestand des § 77 verwirklicht sich insofern nicht in der Person des Angekl., als er nicht Gläubiger ist. Wohl bestehen gesetzliche Bestimmungen, wonach das Organ an Stelle der juristischen Person strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist, wie in § 83 GmbHG. und in § 244 KonkO.; hier ist der Kreis der Personen, auf die die Strafbestimmungen der §§ 239—241 KonkO. Anwendung finden, ausdrücklich erweitert. Diese Erweiterung erstreckt sich aber nicht auf den § 243 KonkO. und den rechtlich gleichliegenden § 77 der VO. v. 14. Dez. 1916. Auch sonst findet sich nirgends eine solche Erweiterung für die Strafbestimmung des § 77.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 17. März 1927, 6 S 54 27.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

46. § 329 StPO. **Wenn sich der bei Beginn der Hauptverhandlung nicht erschienene Angeklagte noch vor der Verkündung des Urteils meldet, darf ein seine Berufung wegen unentschuldigten Ausbleibens verwerfendes Urteil nicht mehr erlassen werden.** †)

Der Angekl. ist in dem Terminzimmer erst erschienen, nachdem sich die Strafkammer zur Beratung in seiner Sache zurückgezogen hatte. Demnächst ist nach dem Sitzungsprotokoll von dem Gericht mit ihm darüber verhandelt, ob sein nichtpünktliches Erscheinen genügend entschuldigt sei, und dann, weil dies verneint wurde, seine Berufung in seiner Gegenwart auf Grund des § 329 StPO. verworfen. Die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist durch den angefochtenen Beschluß abgelehnt, weil ein unabwendbarer Zufall nicht vorliegt.

Die sofortige Beschwerde ist begründet. Es fragt sich vor allem, ob nach § 329 StPO. wegen nicht genügend entschuldigten Ausbleibens noch verworfen werden konnte, obwohl der Angekl. vor der Urteilsverkündung erschienen war. Diese Frage war zu verneinen. Die erwähnte Gesetzesbestimmung enthält keine Strafe für Nicht- oder unpünktliches Erscheinen, sondern sie beruht auf der Erwägung, daß der Angekl., der Berufung eingelegt hat, aber ohne genügende Entschuldigung im Hauptverhandlungstermin ausbleibt, dadurch zu erkennen gibt, daß er seine Berufung nicht aufrechterhalten wolle und daß bei einer derartigen Sachlage kein Grund vorliege, auf seine Berufung die erstinstanzliche Entsch. sachlich nachzuprüfen, vielmehr die Berufung ohne weiteres zu verwerfen ist. Diese Erwägung trifft nicht mehr zu, wenn der Angekl. zwar nicht beim Aufruf der Sache, aber immerhin so rechtzeitig erscheint, daß eine Durchführung der Verhandlung noch ohne Verkürzung möglich ist. Der Sinn des § 329 StPO. kann deshalb nur dahin gehen, daß in einem solchen Falle zu verhandeln und eine Verwerfung der Berufung lediglich wegen unentschuldigten Ausbleibens des Angekl. nicht statthaft ist. Der Wortlaut des Gesetzes steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn die Worte „Ist der Angekl. zu **Beginn** der Hauptverhandlung nicht zugegen", besagen nur, daß in diesem Falle nicht weiter auf den Angekl. gewartet zu werden braucht, sondern sofortige Verwerfung der Berufung zu erfolgen hat; sie ergeben aber nichts für die Frage, ob die Verwerfung auch noch erfolgen muß oder auch nur darf, wenn der Angekl. noch vor Verkündung des Urt. erscheint. Eine andere Auslegung wäre nicht nur den Interessen des Angekl. abträglich, sondern auch durch die Interessen der Rechtspflege keineswegs geboten; sie kann daher nicht i. S. des Ges. liegen. Ob von einer Verwerfung der Berufung ohne sachliche Prüfung auch dann abzusehen wäre, wenn der Angekl. vor Verkündung des Urt., aber nach Entlassung der geladenen Zeugen erscheint, kann dahingestellt bleiben, da ein derartiger Fall nicht vorliegt.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 12. Mai 1927, 6 W 185/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

47. Ne bis in idem. Einstellung des Verfahrens wegen einer Handlung, bezüglich deren die Strafkammer im Gegensatz zum Schöffengericht Tateinheit mit einer durch Zurücknahme der Berufung oder Freispruch rechtskräftig abgeurteilten Handlung angenommen hat.

Das Schöffengericht hat beide Angekl. wegen unlauteren Wettbewerbes und den Angekl. A. wegen Betruges durch eine zweite selbständige Handlung verurteilt, den Angekl. B. von der Beihilfe zum Betruge freigesprochen. Beide Angekl. haben im vollen Umfange Berufung eingelegt. In der Hauptverhandlung vor der Strafkammer nahm der Angekl. A. im Einverständnis mit der Staatsanwaltschaft die Berufung wegen Betruges zurück. A. ist dann wegen Betruges in Tateinheit mit unlauterem Wettbewerb zu derselben Strafe verurteilt, auf die das Schöffengericht wegen Betruges allein erkannt hatte; die Berufung des B. ist verworfen. Mit der Revision erstreben beide Angekl. lediglich ihre Freisprechung von der Anklage des unlauteren Wettbewerbes; sie haben die Einstellung des Verfahrens wegen dieses Vergehens erreicht.

---

nicht auf den konkursrechtl. Stimmenkauf des § 243 KO. bezieht. Diese Untersuchung wäre jedoch entbehrlich gewesen. Wenn nämlich selbst § 243 KO. einbegriffen wäre, so bildet die Tatsache, daß § 77 GAVO. rechtlich gleich liegt, keine Brücke dafür, daß der stimmenkaufende GeschAufsGläubiger bestraft werden kann, wie der stimmenkaufende KonkGläubiger. So sehr Gesetzesanalogie für die zivilrechtl. Normen der GAVO. ständig auf die KO. zurückgreifen läßt, so wenig darf die rechtliche Verwandtschaft der Institute Konkurs und GeschAufs. zur Verletzung des strafrechtl. Grundsatzes führen, daß Analogie für das Strafrecht außer Betracht bleibt.

Übrigens hat der Gesetzgeber offensichtlich die Strafbestimmung des Stimmenkaufs nicht auf die Gesellschaftsorgane ausdehnen wollen; sonst hätte § 244 KO. außer den §§ 239 bis 241 auch den § 243 aufgeführt.

Vorstehende Ansicht, daß im GeschAufsVerfahren nur der **eine** § 77 Strafbestimmungen bringt, daß indes die übrigen Strafbestimmungen der KO. durch den § 77 ausgeschaltet sind, vertrat ich schon in meinem Hauptkomm. S. 323. Dort setzte ich mich mit **Weinberg** auseinander, der S. 114 seines Komm. äußerte, mit § 77 seien die übrigen Strafbestimmungen der KO. nicht weggefallen.

GehJR. Prof. Dr. **Hugo Cahn I**, Nürnberg.

Zu 46. Der Entsch. ist beizustimmen. § 329 (früher 370) StPO. hat in der Praxis zu großen Härten geführt. Versucht man den gesetzgeberischen Gedanken der Bestimmung herauszuschälen, so bleiben zunächst die Motive unergiebig, da der ganze Abschnitt über die Berufung erst bei der Beratung des Entwurfes in der Reichstagskommission durch einen Initiativantrag eingefügt worden ist. Nur ein einziges Mal hat eine sehr kurze Debatte über die Berechtigung dieses Versäumnisverfahrens stattgefunden (Prot. 579, **Hahn**, Mat. I, 1026). Hierbei wurde gegenüber den Angriffen verschiedener oppositioneller Abgeordneter die Bestimmung lediglich mit dem Hinweis auf den in dem Nichterscheinen zu erblickenden Verzicht des Angekl. auf das Rechtsmittel gerechtfertigt. Es ist also zweifellos richtig, wenn die Entsch. davon ausgeht, daß die Verwerfung der Berufung bei Versäumnis der Hauptverhandlung nicht als Strafe für den Angekl. gedacht ist, sondern nur eine glatte Abwicklung des Verfahrens sichern will. Dann wird man aber auch zu dem Ergebnis kommen müssen, daß ein Erscheinen des Angekl. vor Erlaß des die Berufung verwerfenden Urt. klar und eindeutig seinen Willen zum Ausdruck bringt, auf die Berufung nicht zu verzichten. Dem steht der Wortlaut des Gesetzes: „bei dem Beginne der Hauptverhandlung" nicht entgegen: denn er will nur diese Gruppe von Fällen von denjenigen scheiden, in denen die Hauptverhandlung bereits begonnen hat und während des Ganges der Verhandlung der Angekl. sich entfernt (§ 231 StPO.). Solange daher die Vernehmung des Angekl. zur Person nicht erfolgt ist, hat auch die Hauptverhandlung i. S. des § 329 noch nicht begonnen.

Das Urt. läßt es dahingestellt, ob in gleicher Weise zu entscheiden ist, wenn die geladenen Zeugen bei dem Erscheinen des Angekl. bereits entlassen sind. M. E. kann in diesem Falle die Entsch. nicht anders lauten. Erscheint der Angekl. vor der Verkündung, so hat er eben auf die Berufung nicht verzichtet, und es ist eigentlich nur selbstverständlich, daß irgendwelche Maßnahmen, die das Gericht in der Zwischenzeit getroffen hat, auf diese Feststellung nicht von Einfluß sein können, vielmehr muß, wenn die Zeugen zur Durchführung der Verhandlung unbedingt erforderlich sind, Vertagung des Termins erfolgen. Die Kosten treffen ja den Angekl., falls seine Verspätung nicht genügend entschuldigt ist (§ 467 StPO.). Im übrigen dürfte dieser Fall kaum praktisch werden, da mit der Entlassung der Zeugen zweckmäßig bis zum Erlaß des die Berufung verwerfenden Urt. gewartet wird.

RA Dr. **Hugo Stern**, Frankfurt a. M.

Auszugehen ist davon, daß die Beschränkung der Revision des A. auf die Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbes unzulässig war, da das angefochtene Urt. das Vergehen nicht mehr als selbständige Handlung behandelt, sondern Tateinheit zwischen ihm und dem Betruge annimmt. Innerhalb derselben Schuldfrage, die für die Revisionsinstanz beide Vergehen umfaßt, ist aber eine Beschränkung der Revision auf einzelne Rechtsfragen unzulässig. Infolgedessen gilt auch die Verurteilung des A. wegen Betruges als mit der Revision angefochten. Dieser Angriff scheitert aber daran, daß die Verurteilung des A. wegen Betruges mit dem Augenblick der Zurücknahme seiner Berufung in der Hauptverhandlung vor der Strafkammer rechtskräftig geworden war. Denn die Zurücknahme war noch zulässig, da das Schöffengericht in dem Betruge eine selbständige Handlung neben dem unlauteren Wettbewerb erblickt hatte und die Feststellung der Tateinheit zwischen diesen beiden Vergehen erst durch das am Ende der Verhandlung ergehende Urt. der Strafkammer erfolgt ist. In diesem Augenblick war aber durch den Eintritt der Rechtskraft der Verurteilung wegen Betruges die Strafklage wegen des geschichtlichen Vorganges, der den Gegenstand dieser Straftat gebildet hat, völlig, also auch unter dem Gesichtspunkt eines ideell konkurrierenden Vergehens verbraucht. Der nachträglichen Aburteilung des Vergehens wegen unlauteren Wettbewerbes steht deshalb der Grundsatz, ne bis in idem entgegen (Olshausen, Anm. 38 zu § 73 StGB.; Löwe-Rosenberg, 17. Aufl., S. 374 letzter Abs. vor b).

Das Fehlen einer ausdrücklichen Rüge der Verletzung dieses Grundsatzes ist unerheblich, da er auch dem sachlichen Recht angehört (Feisenberger, StPO. Anm. 3 zu § 340).

Aus demselben Grunde konnte auch die Verurteilung des Angekl. B. wegen unlauteren Wettbewerbs nicht aufrechterhalten werden, nachdem er von dem Schöffengericht von der Anklage der Beihilfe zum Betrug freigesprochen war. Denn nach den Feststellungen der Strafkammer würde die Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbes auch den Tatbestand der Beihilfe umfassen. Ebensowenig die Strafkammer aber noch eine Bestrafung wegen Beihilfe zum Betrug aussprechen durfte, kann sie das nach ihren Feststellungen nur in Tateinheit mit diesen Vergehen begangenen Vergehen des unlauteren Wettbewerbes zur Aburteilung bringen.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 15. Juni 1927, 6 S 142/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

Landgerichte.

Arnsberg. **a) Zivilsachen.**

1. § 270 PrStGB.; § 134 BGB. Ein Vertrag, durch den verschiedene Unternehmer einander versprechen, bei einer öffentl. Ausschreibung Gebote in gewisser Höhe abzugeben, ist nichtig.†)

Die Kl. leiten ihren Schadensersatzanspruch aus einer gemeinsam mit dem Bekl. aus Anlaß der öffentlichen Ausschreibung von Dachdeckerarbeiten für einen Rektoratsschulneubau durch die Stadt Sch. getroffenen Vereinbarung her, nach welcher jeder einzelne von ihnen ein Angebot in vorher bestimmter Höhe machen und der den Zuschlag Erhaltende die übrigen gleichmäßig unter den Verhältnissen des Angebots beteiligen sollte. Bekl., welcher hiernach das höchste Angebot zu machen hatte, hat statt dessen jedoch das niedrigste Angebot unterboten, den Zuschlag erhalten und weigert nun den anderen die Beteiligung.

Mit Recht hat zwar das AG. die Anwendbarkeit des § 152 GewO. abgelehnt, weil es sich hier nicht um Lohn- und Arbeitsbedingungen im Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber handelt, welche diese Gesetzesbestimmung allein im Auge hat. Auch die Anwendbarkeit des § 1 KartVO. v. 2. Nov. 1923 (RGBl. 1067), wonach Verträge und Beschlüsse u. a. über die Forderung von Preisen der Schriftform bedürfen, unterliegt Bedenken, weil diese Bestimmung, wie die angeführten Beispiele „Syndikate, Kartelle, Konventionen“ ergeben, mit dem Begriffe „und ähnliche Abmachungen“ doch wohl nur solche Vereinbarungen hat treffen wollen, welche bestimmt sind, einen dauernden Einfluß auf die Preisgestaltung auszuüben, nicht aber auch eine, wie hier, für einen ganz bestimmten, einzelnen Fall getroffene Vereinbarung.

Dagegen mußte die Vereinbarung jedenfalls dann als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden (§ 138 BGB.), wenn sämtliche in Betracht kommenden Dachdecker des Ortes an ihr beteiligt waren. Gewiß ist es das gute Recht der Handwerker, Gegenmaßnahmen gegen eine Überspannung des ihnen sehr nachteiligen Submissionswesens zu treffen. Dem allgemeinen sittlichen Empfinden widerstrebt es aber, wenn sie hierzu das Mittel einer verabredeten bewußten Täuschung wählen, indem sie nämlich in dem Ausschreibenden den Glauben erwecken, daß er es mit im freien Wettbewerb geforderten Preisen zu tun habe, für die eine gewisse Gewähr der Angemessenheit gegeben ist, während er sich tatsächlich einem abgekarteten Spiel gegenüber befindet, und die Preisfestsetzung lediglich nach gemeinschaftlichem Gutdünken erfolgt ist. Dabei ist es ganz unerheblich, ob sich die Preise im gegebenen Falle noch in dem weiten Rahmen der Angemessenheit bewegt haben, da immer eine falsche Art der Preisbildung vorgetäuscht ist. Der freie Wettbewerb bleibt auch nicht schon dadurch gewahrt, daß auch Angebote auswärtiger Handwerker gemacht werden können, und die einheimischen immer darauf Rücksicht nehmen müßten. Denn eine solche Rücksichtnahme bindet sie nur in weiten Grenzen, weil die ansässigen Handwerker unter wesentlich günstigeren Bedingungen arbeiten und seitens der Stadtverwaltung immer bevorzugt werden. Anders wäre die Sachlage vielleicht zu beurteilen, wenn nicht alle einheimischen Dachdecker beteiligt waren und durch Außenseiter die regulierende Wirkung des freien Wettbewerbs trotz Abmachungen einzelner gesichert blieb. Unter den von der Stadt Sch. mitgeteilten Bewerbern befindet sich auch ein F. B., welcher nicht unter den Kl. ist, und es ist nicht geklärt, ob dieser nicht an dem Abkommen beteiligt gewesen ist. Es konnte aber dahingestellt bleiben, ob dem so ist und ob hierdurch wirklich die Unsittlichkeit der Vereinbarung beseitigt wäre, weil diese aus einem anderen Grunde jedenfalls nichtig ist.

Der noch in Geltung befindliche § 270 preuß. StGB. bedroht den mit Strafe, welcher „andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgendwelcher Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält“. Ein solches Abhalten vom Mitbieten liegt auch darin, wenn jemand von einem Gebot mit geringeren Forderungen abgehalten worden ist. Daß hier die Beteiligten ohne das Abkommen geringere Forderungen gestellt haben würden, ergibt sich einwandfrei daraus, daß sie vorher bereits sämtlich ein Gebot mit geringeren Forderungen gemacht hatten.

Nun hat das RG. zwar in einer Plenarentscheidung 60, 273 entschieden, daß solche Geschäfte trotz des Verstoßes gegen ein gesetzliches Gebot nicht der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB. verfielen, weil nur der Abhaltende, nicht aber auch der Abgehaltene sich des Verstoßes schuldig gemacht habe. Hier ist die Sachlage jedoch die, daß die Beteiligten sich sämtlich gegenseitig unter Versprechung von Zusicherung eines bestimmten Vorteils den andern vom Bieten abhält. Das LG. bekämpft nicht diese Rechtsanschauung, sondern macht nur eine Ausnahme für den Fall, daß „die Beteiligten sich sämtlich gegenseitig vom Bieten abgehalten haben“. Wie so etwas möglich ist, ist allerdings nicht ganz klar. Derartige Abmachungen laufen stets darauf hinaus, daß einer bietet und dafür den anderen eine Vergütung zahlt. Derjenige, der den Auftrag bekommt und die Vergütung zahlen soll, ist also nicht vom Bieten abgehalten worden. Seine Verpflichtung mußte also auch nach der Theorie des LG. gültig sein. Indessen erscheint die ganze Argumentation etwas scholastisch. Entscheidend ist der Gedanke, daß § 270 den Veranstalter der Versteigerung schützen soll, nicht aber die Aufgabe hat, den Nutznießer eines Bietungsabkommens von seiner Gegenleistung zu befreien. Weil das LG. dies verkannt hat, kommt es zu dem ihm selbst so unerfreulichen Resultat.

3. Aus dem gleichen Grunde liegt auch keine Unsittlichkeit des Vertrages vor. Es mag sein, daß unter gewissen Umständen im Einzelfall der Veranstalter der Versteigerung sich über sittenwidrige Schädigung beklagen kann (vgl. RG. v. 26. Jan. 1926: JW. 1926, 1549[4]). Aber im Innenverhältnis der Vertragsparteien ist das Abkommen grundsätzlich nicht wegen Sittenwidrigkeit zu beanstanden (RG. 18, 222).

RA. Dr. Rudolf Isay, Berlin.

Zu 1. Der Entsch. ist im Ergebnis, jedoch nicht in der Begründung zuzustimmen.

1. Die fragliche Submissionsvereinbarung ist ein Kartell, zwar nicht im wirtschaftlichen Sinne, wohl aber i. S. des § 1 KartVO., und hätte daher zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedurft. Das LG. vermißt das Moment der Dauer. Doch ist das Schrifttum nahezu einmütig der Auffassung, daß zwischen vorübergehenden „Ringen“ oder „Schwänzen“ und dauernden Kartellverträgen für die Anwendung der KartVO. kein Unterschied zu machen ist (vgl. Friedländer S. 58; Isay-Tschierschky S. 126; Haußmann-Holländer S. 20; Staffel S. 1).

2. Bedenklich ist dagegen die Anwendung des § 270 preuß. StGB. Die fragliche Ausschreibung ist m. E. nicht als eine „Versteigerung“ anzusehen. Das RG. (RGSt. 35, 395) verlangt hierfür eine rechtliche oder tatsächliche Notwendigkeit, für das erzielte Meist- oder Mindestgebot den Zuschlag zu erteilen. Daran fehlt es regelmäßig bei solchen Ausschreibungen. Sehr oft erhält nicht der Mindestbietende den Zuschlag, sondern eine Persönlichkeit, die, sei es als besonders zuverlässig bekannt ist, sei es als ortsansässig oder aus sonstigen Gründen bevorzugt wird.

Davon abgesehen ist es seit der Entsch. der VerZS.: RG. 60, 274 anerkannten Rechtens, daß sich § 270 preuß. StGB. nicht gegen das Rechtsgeschäft richtet, durch welches der eine gegen Zu-

Vorteilen abgehalten haben. Wenn das AG. diese Gegenseitigkeit als rein zufällig und ohne Bedeutung für die Frage der Nichtigkeit bezeichnet, so kann dem nicht beigetreten werden. Denn es entspräche nicht dem wahren Sachverhalt, wollte man die Vereinbarung, wie sie einheitlich zwischen den Beteiligten getroffen ist, nun in lauter einzelne selbständige Vereinbarungen auflösen, inhalts deren immer einer von sämtlichen anderen verpflichtet wurde. Die Vereinbarung stellt vielmehr einen einheitlichen Akt dar, in welchem sich die Beteiligten sämtlich gegenseitig in strafbarer Weise vom Bieten abgehalten haben und zugleich sich auch selbst haben abhalten lassen. Da also die Strafbarkeit nicht allein auf einer Seite vorliegt, so trifft die angeführte Entsch. des RG. diesen Fall nicht. Das Geschäft ist nach § 134 StGB. nichtig, und Rechte können daraus nicht hergeleitet werden. **Wenn demnach auch das spätere Verhalten des Bekl. den Kl. gegenüber die Mißbilligung jedes rechtlich denkenden Menschen finden wird**, so vermag dieser Umstand doch daran nichts zu ändern, daß der Rechtsgrund, auf den die Kl. ihre Ansprüche stützen, von Anfang an wegen Verbotswidrigkeit nichtig gewesen ist.

(LG. Arnsberg, 1. ZK., Urt. v. 9. Nov. 1926; 3 S 198/26.)

Mitgeteilt von RA. Wurm, Altenhundem.

*

Mainz.

2. § 826 BGB. **Eine Benutzung eines eigenartigen und bekanntgewordenen Warenzeichens für andere Waren als die, für welche das Warenzeichen geschützt ist, verstößt wider die guten Sitten.** †)

(LG. Mainz, Urt. v. 3. Febr. 1926, H O 192/25.)

Abgedr. JW. 1927, 1602 f.

b) Strafsachen.

Berlin.

3. **§§ 23, 24, 27 Abs. 3 des Kirchengesetzes betr. die Dienstvergehen der kirchlichen Beamten vom 16. Juli 1886 (Kirchl. Ges.- u. VOBl. S. 81). Rechte des Untersuchungskommissars, des Anklagevertreters und des Verteidigers in der Voruntersuchung des kirchlichen Disziplinarverfahrens.** †)

Der § 193 StPO. wird dadurch bedingt, daß nach §§ 250 ff. StPO. die Zeugen in einem Strafverfahren grundsätzlich in der Hauptverhandlung vernommen werden sollen und nur ausnahmsweise (§ 251) das Protokoll über ihre frühere richterliche Vernehmung verlesen werden kann. Von diesem Grundsatz ausgehend bestimmt § 193, daß, wenn ein Zeuge außerhalb der Hauptverhandlung vernommen wird, den Beteiligten ermöglicht werden soll, eine erschöpfende Aufklärung herbeizuführen, und ihnen deshalb die Anwesenheit bei der Vernehmung zu gestatten ist. Dieser Grundsatz des allgemeinen Strafverfahrens wird aber im Disziplinarverfahren, besonders auch im kirchlichen (Kirchengesetz betr. die Dienstvergehen der Kirchenbeamten und die unfreiwillige Versetzung derselben in den Ruhestand v. 16. Juli 1886, S. 81 ff. des Kirchl. Gesetz- u. VOBl., §§ 27 ff.) nicht befolgt, denn es werden in der Hauptverhandlung grundsätzlich die Protokolle über die Aussagen der Zeugen verlesen. Daraus, daß die Hauptverhandlung in beiden Verfahren verschieden gestaltet ist, ergibt sich also, daß die Vorschriften der StPO. im vorliegenden Fall überhaupt nicht angewendet werden können.

Die Befugnisse des Untersuchungskommissars im Disziplinarverfahren sind in den §§ 23, 24 des Kirchengesetzes festgelegt, wonach ihm die Vernehmung des Angeschuldigten und die Beweisaufnahme obliegen. Ersucht er aber wie im vorliegenden Falle ein auswärtiges AG. um Rechtshilfe durch Vernehmung einer Zeugin, so schaltet er sich selbst aus und begibt sich seiner Mitwirkung, das ersuchte Gericht tritt an seine Stelle, und er kann auch durch einen Vertreter nicht bei einer solchen Verhandlung tätig werden.

Ebenso verhält es sich mit dem Vertreter der Anklage. Seine Befugnisse sind in den §§ 24, 25 des kirchlichen Disziplinargesetzes niedergelegt, und nur das Recht, von dem Stande der Voruntersuchung durch Einsicht der Akten Kenntnis zu nehmen und die sachdienlichen Anträge zu stellen, wird ihm zugesprochen. Sonst wird er während der Voruntersuchung überhaupt nicht tätig, sondern erst nach ihrem Abschluß (§ 25 a. a. O.). Ein Recht auf Anwesenheit bei Untersuchungshandlungen steht ihm daher überhaupt nicht zu.

Dasselbe gilt aber auch für den Angeschuldigten und seinen Verteidiger. Er ist nach § 23 a. a. O. in der Voruntersuchung vorgeladen und, wenn er erscheint, zu hören, aber ein Recht darauf, bei der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen in dieser Lage des Verfahrens zugegen zu sein, hat er nicht, wohl aber in der Hauptverhandlung (§ 27 Abs. 3 a. a. O.). Im übrigen steht weder ihm noch dem Verteidiger das Recht auf Akteneinsicht, nicht einmal während der Voruntersuchung, sondern nur dem Verteidiger nach Erhebung der Anklage zu.

Hieraus folgt nach allgemeiner Ansicht (Goßner, Kirchenrecht 2. Aufl. 1914, I, S. 535 Anm. 56; Schön, Ev. Kirchenrecht 1910, II, S. 279; Frank, Die neuen Disziplinargesetze der deutschen evangelischen Landeskirchen 1890, S. 24, 29—31, 33), daß die Beweisaufnahme in der Voruntersuchung des kirchlichen Disziplinarverfahrens im Gebiete des Kirchengesetzes v. 16. Juli 1886 in Abwesenheit des Anklagevertreters, des Untersuchungskommissars, des Angeschuldigten und seines Verteidigers vor sich gehen muß.

(LG. III Berlin, Beschl. v. 24. März 1927, 13 a Q 65/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Günther Alexander-Katz, Berlin.

Zu 2. Das gut begründete Urt. steht in Übereinstimmung mit einer jetzt bereits festen gerichtlichen Praxis (vgl. LG. Chemnitz: JW. 1924, 722: das Zeichen „4711" angewandt auf Strumpfwaren; LG. Elberfeld: JW. 1925, 502: „Odol" für Stahlwaren; OLG. Dresden: MuW. 26, 220: „Elida" für Schuhwaren; vgl. auch LG. Köln: JW. 1925, 1668). Das RG. hatte in früheren Entsch. Gewicht darauf gelegt, daß der Gesetzgeber den Schutz des Warenzeichens nur für gleichartige Waren verliehen und damit „überlegtermaßen" das Zeichen den übrigen Gewerbetreibenden für andere Waren freigegeben habe (vgl. RG. 87, 89 = JW. 1915, 923; RG. 87, 274 = JW. 1916, 194). Aber gegen diese Entsch. waren schon von der Rechtslehre Bedenken erhoben (vgl. Kohler in der Anm. zu JW. 1916, 194), und namentlich Rosenthal (LZ. 1915, 612) und Lobe (MuW. 16, 129) hatten im Anschlusse an RG. 73, 294 und 83, 384 = JW. 1914, 250 darauf hingewiesen, daß — abgesehen von einer Irreführung des Publikums — schon in der illoyalen Benutzung fremder Arbeitsergebnisse zu Wettbewerbszwecken ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden sei, daß es unsittlich sei, die unter Aufwand von Kosten und Mühe erzielten Reklameergebnisse einer anderen Firma für eigene geschäftliche Zwecke sich anzueignen und Reklameschlagworte, die eine andere Firma zu Geltung und Ansehen gebracht habe, für sich auszunutzen, kurz gesagt, wie Lobe es bildlich, aber treffend ausdrückt, beim Wettbewerb „mit fremdem Kalbe zu pflügen". Dieser Gedanke hat in der reichsgerichtlichen Rspr. zunächst in der Anwendung auf die Entlehnung schlagwortartiger Bezeichnungen fremder Geschäftsunternehmungen, sodann auch in bezug auf Warenzeichenreklameworte wiederholt Anerkennung gefunden (vgl. die Nachweise bei Rosenthal, UnlWG., Anm. 49 ff., 56, 59 ff. zu § 1; Hagen, WZR. S. 171; vgl. ferner JW. 1926, 48, dazu Molitor, ebenda, und das neueste „Salamander"-Urteil: RG. 115, 401 = JW. 1927, 1585, das den Standpunkt der älteren Entsch. RG. 87, 89 = JW. 1915, 923 und 87, 274 = JW. 1916, 194 — auch ein „Salamander"-Urteil! — **ausdrücklich aufgibt**). Neuerdings hat Kirchberger: GewRSch. 1927, 89 in Zweifel gezogen, ob es zutreffend sei, mit Lobe von dem Gesichtspunkt der Irreführung des Publikums in dieser Frage abzusehen. Tatsächlich dürfte in den meisten Fällen zugleich eine Irreführung des Publikums insofern vorliegen, als im Publikum der Eindruck erweckt werden soll, daß mindestens gewisse geschäftliche Verbindungen oder Beziehungen zwischen dem Unternehmen des Entlehners und demjenigen des anderen Gewerbetreibenden bestehen, und Magnus hat in der Sitzung des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums im Nov. 1925 mit Recht darauf hingewiesen, daß durch die zahlreichen **Umstellungen** in der Industrie derartige Irrtümer noch wesentlich genährt werden (vgl. GewRSch. 1926, 77). Auf die Ausnutzung dieses Irrtums wird der unlautere Wettbewerb regelmäßig abzielen. Aber es bleibt m. E. doch zutreffend, daß auch in den Fällen, wo eine solche Irrtumserregung nicht in Frage kommen sollte, doch die Ausbeutung fremder Arbeitsergebnisse für den eigenen Vorteil im Wettbewerb schon an sich unsittlich ist.

Vizepräsident Dr. Matthiessen, Kiel.

Zu 3. In dieser Entsch. werden zwei verschiedene Probleme einigermaßen miteinander vermengt, aber richtig beurteilt. 1. Die angezogenen Vorschriften des mit einigen Änderungen (vgl. VerfUrk. f. die ev. Kirche der altpreuß. Union v. 29. Sept. 1922, Art. 159 Abs. 2) fortgeltenden DisziplG. von 1886 lassen eine andere Auslegung wohl nicht zu, dagegen eine anderweitige Regelung de lege ferenda wünschenswert erscheinen. 2. Das auf Rechtshilfeersuchen hin tätig werdende staatliche Gericht (Verpflichtung dazu gemäß dem StG. betr. die Kirchenverfassungen der ev. Landeskirchen v. 8. April 1924, Art. 14 Nr. 2) hat die Grundsätze und Vorschriften nicht des staatlichen Strafprozeßrechts, sondern des kirchlichen Disziplinarverfahrensrechts anzuwenden; die Gewährung des bracchium saeculare ist nicht Bestandteil eines weltlichen Strafprozesses, sondern eines kirchlichen Dienststrafprozesses, muß sich also nach den für letzteren gegebenen Normen abspielen; insbes. kommt eine analoge Anwendung des § 193 StPO. nicht in Betracht.

Konsistorialrat Prof. Dr. Giese, Frankfurt a. M.

Amtsgericht.

Breslau.

1. **Gem. § 19 Ziff. 7a sind Vollmachten in allen durch die StPO. und ZPO. geregelten Angelegenheiten von der Stempelabgabe befreit. Die Bevollmächtigung zur Empfangnahme von Zustellungen auch im Strafprozeß fällt unter die Befreiungsvorschrift.**

(AG. Breslau, Beschl. v. 29. Juni 1927, I M 695/27.)

Mitgeteilt von RA. Foerder, Breslau.

Ausland.

Obertribunal Kaunas.

1. **§ 48 StGB. Eine Anstiftung zur Beihilfe an der eigenen Tat fällt nicht unter § 48 StGB., weil sie mittelbar eine Teilnahme an der eignen Tat enthalten würde, während § 48 eine von einem Anderen begangene Straftat erfordert. Folgeweise kann auch eine Beihilfe zu einer solchen Anstiftung unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht strafbar sein, sondern nur als Beihilfe zur Haupttat selbst.**

(Obertribunal Kaunas, Urt. v. 21. Sept. 1926, S 29/26.)

*

2. **§ 63 StGB. Der Strafantrag wirkt unter Umständen auch gegen den Anzeigenden selbst.†)**

Wenn auch die Absicht des Anzeigenden nur die gewesen sein mag, die Einleitung eines Strafverfahrens gegen einen Dritten zu veranlassen, so steht dieser Umstand seiner eigenen strafrechtlichen Verfolgung nicht entgegen, sofern er als Mittäter in Betracht kommt und seine Eingabe überhaupt als rechtswirksamer Strafantrag anzusehen ist. Dies folgt aus der Vorschrift des § 63 StGB., wonach der Antrag nicht geteilt werden kann und das Verfahren gegen sämtliche an der Handlung Beteiligte (Täter und Teilnehmer) stattfindet, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist.

(Obertribunal Kaunas, Entsch. v. 3. Aug. 1926, S 22/26.)

Mitgeteilt von Obertribunalrichter Plümicke, Memel.

Berichtigung.

In der Entsch. RG.: JW. 1927, 1750 wird Folgendes richtiggestellt:

In Zeile 14 des Textes muß es statt „Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen" heißen: „Das LG. hat die Klage zurückgewiesen, das OLG. hat dem Klageantrag stattgegeben, die Rev. ist zurückgewiesen worden." D. S.

Die Zeilerschen Umwertungszahlen.

Monatsdurchschnitte	Geldwertzahlen	Wohlstandszahlen	Umwertungszahlen
April	1,464 Bill.	67,5 %	988 Milld.
Mai	1,465 „	68,0 %	996 „
Juni	1,477 „	68,5 %	1012 „
Juli	1,500 „	69,0 %	1035 „

Zu 2. Der Fall, auf den sich obige Entsch. bezieht, lag, wie mir mitgeteilt wird, folgendermaßen:

Albert X. veranstaltet eine Jagd, an der außer ihm sein Sohn Paul X. sowie Y. und Z. teilnahmen. In einer Jagdpause setzt sich Y. mit seinem nicht entladenen Gewehr auf einen Schlitten. Albert X. und Z. versuchen ihn im Scherz herabzuzerren. Hierbei entlädt sich das Gewehr des Y., und Paul X. wird durch den Schuß verletzt. Albert X. stellt Strafantrag gegen Y. Letzterer wird rechtskräftig wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Nunmehr aber erhebt die Staatsanwaltschaft auf Grund des Strafantrags des Albert X. auch gegen diesen selbst und gegen Z. als an der Tat Mitbeteiligte die Anklage.

Dieser Anklage liegt die Auffassung zugrunde, daß § 63 StGB. (Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags), indem er den Strafantrag gegen „sämtliche an der Handlung Beteiligten" wirken läßt, mit logischer Konsequenz dazu führe, daß sich der Antragsteller, wenn er an der Tat mitbeteiligt ist, auch selbst der Strafverfolgung aussetzt.

Dieser in obigem Urt. gebilligten Auffassung kann nicht beigetreten werden.

I. Bevor auf § 63 StGB. eingegangen wird, empfiehlt es sich, zunächst den Fall ins Auge zu fassen, daß der für die Strafantragstellung in Frage Kommende der alleinige Täter ist, also z. B. der Vater allein sein Kind gemißhandelt hat (§ 65 I Satz 2 und II StGB.) oder der amtliche Vorgesetzte den Untergebenen beleidigt hat (§ 196 StGB.).

Würde in diesen Fällen der Täter ein Strafverfahren gegen sich selbst beantragen, so ist klar, daß dieser „Antrag" keinen Strafantrag im technischen Sinne darstellen würde. Es ist bisher noch nie bezweifelt worden, daß bei den Antragsdelikten unter einem Strafantrag ein von dritter Seite gegen den Beschuldigten gestellter Antrag zu verstehen ist. Ergreift der Täter selbst die Initiative, um die Erhebung der Klage gegen sich zu veranlassen, so ist dies eine Selbstanzeige, eine Selbstbezichtigung, ein Geständnis u. dgl., wie sie zu der „Beschuldigten"-Rolle passen, dagegen haben solche Erklärungen nichts zu tun mit dem Grundgedanken des Instituts des Strafantrags, der dahin geht, daß der Täter unbehelligt zu lassen sei, sofern nicht Interessen Dritter an der Strafverfolgung zum Ausdruck gebracht werden. Sonst würde man dem Täter gewissermaßen ein Recht auf Prozeß gegen ihn zuschreiben, während ihm die StPO. ausschließlich die Rolle eines solchen zugedacht hat, der verpflichtet ist, die Strafverfolgung über sich ergehen zu lassen. Zu diesem Resultat (daß ein von dem Beschuldigten gegen sich gestellter „Strafantrag" juristisch kein Strafantrag ist) führt auch ein Rückschluß aus § 374 II u. III StPO. Wie allgemein anerkannt ist, kann niemand eine Strafklage gegen sich selbst erheben (weder im eigenen Namen noch als Vertreter des Kl.). Wollte man nun einen „Strafantrag contra se ipsum" zulassen, so würde sich an Hand des § 374 II, III auch eine Privatklage contra se ipsum als statthaft ergeben.

Dabei begründet es auch keinen Unterschied, ob es sich um einen solchen Strafantrag handelt, bei dem der Erklärende im eigenen Namen (vgl. § 65 I Satz 1, § 182 II, § 196 StGB.), oder um einen solchen, bei dem er kraft Vertretungsmacht (vgl. § 65 II StGB.) auftritt. In beiden Fällen scheitert das „Strafantrags"-Begehren an der Personenidentität. Die rechtliche Möglichkeit, einen wirksamen Strafantrag zu stellen, eröffnet sich in den Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter, der Vorgesetzte usw. selber der alleinige Täter ist, somit nur für andere (evtl. ad hoc bestellte) gesetzliche Vertreter usw.

II. Diese Rechtsstellung des Täters, inhalts deren er nicht imstande ist, einen wirksamen Strafantrag gegen sich selbst zu stellen, ändert sich dadurch nicht, daß er einer von mehreren an der Tat Beteiligten ist. Er kann in diesem Falle wohl einen Strafantrag gegen die Mitbeteiligten stellen; aber dieser berührt ihn als Täter nicht. Seine Erklärung kann in der Richtung gegen ihn juristisch überhaupt keinen Strafantrag darstellen. Bei anderer Auffassung würde sich das absurde Ergebnis einstellen, daß eine Rechtsfolge, die das Gesetz nicht einmal der ausdrücklichen Willenserklärung (dem Strafantrag contra se ipsum) zuspricht, dem Fehlen einer solchen Willenserklärung (und in der Regel der Fälle sogar eines Willens) zukäme. Ferner würde ein Täter, der (vielleicht aus sehr üblen Motiven!) eine Strafverfolgung gegen sich herbeiführen will, und der dies nach den Darlegungen unter I nicht auf geradem Wege erreichen kann, sein Ziel dadurch auf Umwegen erreichen können, daß er den Strafantrag gegen den Mitbeteiligten richtet, was gewiß unannehmbar ist.

III. Hiernach ergibt sich auch die richtige Auslegung des § 63 StGB. Die „sämtlichen" Beteiligten, die nach ihm der Strafantrag unteilbar ergreift, sind nur die mit dem Antragsteller nicht identischen. Dieser selbst bleibt dabei völlig ausgeschaltet. Diese Auslegung entspricht auch der ratio des Grundsatzes der Unteilbarkeit, die ja erst den mit dem Gesetzeswortlaut zu verbindenden Sinn ergibt. Denn dieser Grundsatz ist dem Gedanken entsprungen, daß die unterschiedliche Behandlung der Gegner durch den Antragsteller auf parteiische Einstellung, auf Gunst oder Abneigung, auf Laune zurückgehen kann, und daß der Antragsberechtigte sich den Strafantrag von den einzelnen „abkaufen" lassen könnte. Das paßt aber nur für das Verhältnis des Antragstellers zu anderen. Daran, dem Antragsberechtigten zuzumuten, entweder über sich selbst mit ein Strafverfahren heraufzubeschwören oder auf die Verfolgung der übrigen zu verzichten, hat das Gesetz sicher nicht gedacht. Es läge darin auch eine verkappte Preisgabe des Satzes „Nemo se ipsum prodere tenetur." Der moderne Strafprozeß verpflichtet den Beschuldigten nur zum Dulden, nicht zu aktiver Tätigkeit, durch die er sich selbst der Justiz in die Hände liefert. Es wäre merkwürdig, wenn § 63 StGB. auf ihn einen psychologischen Druck dahin ausüben wollte, die Justiz gegen sich anzurufen, wofern er an der Bestrafung anderer interessiert sei. Schließlich würde § 63 bei der Deutung, daß der Antragsteller selber mit zu den „sämtlichen" Beteiligten gehöre, zu einer regelrechten „Menschenfalle" werden können. Denn wenn ein Mitbeteiligter gegen die anderen Beteiligten Strafantrag stellt, so wird er in aller Regel nicht entfernt ahnen, daß er daraufhin plötzlich selber zum Angeklagten gemacht werde. Er würde, wenn er das geahnt hätte, meist von der Antragstellung Abstand genommen haben. Es hieße gewiß dem Gesetzgeber zu nahe treten, wenn man annehmen wollte, daß er eine solche Falle habe aufstellen wollen!

Prof. Dr. E. v. Beling, München.

Dem Reichstage und dem Landtage vorliegende Gesetzesentwürfe.

Berichtet von Präsident Dr. v. Olshausen, Berlin.

1. Wiederholt ist im RT. in den letzten Jahren die reichsgesetzliche Regelung des Auslieferungswesens gefordert worden. Dabei wurde insbes. befürwortet, daß durch das Auslieferungsgesetz die ordentlichen Gerichte zur Mitwirkung bei der Prüfung der Auslieferungsersuchen berufen werden möchten. Diesen Wünschen wird jetzt durch die Vorlage des Entw. eines deutschen Auslieferungsgesetzes entsprochen. Der Entw., der 54 Paragraphen umfaßt, behandelt im ersten Abschnitt die Rechtshilfe durch Auslieferung und Durchlieferung, im zweiten die Rechtshilfe durch Herausgabe von Gegenständen und im dritten die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen. Für jede Art der Rechtshilfe ist bestimmt, unter welchen Voraussetzungen sie gewährt werden kann und in welchem Verfahren sie sich vollzieht. Am wichtigsten sind die Bestimmungen über die Auslieferung. Der Entw. geht von der herrschenden Auffassung aus, daß die Auslieferung lediglich Zwecken der Strafrechtspflege dient. Ein Ausländer, der von der Behörde eines ausländischen Staates wegen einer strafbaren Handlung verfolgt wird oder verurteilt worden ist, kann der Regierung dieses Staates auf Ersuchen einer zuständigen Behörde zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung ausgeliefert werden. Voraussetzung der Auslieferung ist, daß der Verfolgte wegen einer Straftat im eigentlichen Sinne zur Untersuchung gezogen oder verurteilt worden ist; es wird daher die Auslieferung wegen rein militärischer Straftaten, die einen dem allgemeinen Strafrecht unbekannten, lediglich den besonderen militärischen Verhältnissen entnommenen Tatbestand enthalten, untersagt (§§ 1, 2). Der § 3 sichert das von allen Kulturstaaten anerkannte und hochgehaltene sogenannte politische Asyl; die Auslieferung ist hiernach nicht zulässig bei politischen Taten. Zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Auslieferung gehört nicht der Nachweis, daß der Verfolgte der ihm zur Last gelegten Tat in einem bestimmten Grade verdächtig oder überführt ist. Die Auslieferung setzt nach dieser Richtung nur voraus, daß ein Haftbefehl oder das vollstreckbare Straferkenntnis einer zuständigen Behörde des ausländischen Staates wegen der Tat vorgelegt wird (§ 5). Durch § 6 wird die sog. Spezialität der Auslieferung gesichert; die Auslieferung setzt hiernach voraus, daß die ersuchende Regierung in rechtsverbindlicher Weise zugesagt hat, eine Strafverfolgung gegen den Ausgelieferten nur wegen der Taten vorzunehmen, für die ihr die Auslieferung bewilligt ist. Besonderer Regelung bedurfte Art und Maß der Mitwirkung der Gerichtsbehörden bei Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung. Es wird für die Zulässigkeit der Auslieferung ein Gerichtsbeschluß für erforderlich erachtet, wenn sich der Verfolgte nicht zu Protokoll eines Richters mit der Auslieferung einverstanden erklärt hat. Eine freie Entschließung über die Auslieferung kommt nur dann in Betracht, wenn entweder der Verfolgte der Auslieferung zugestimmt oder der Gerichtsbeschluß die Auslieferung für zulässig erklärt hat. Verneint das Gericht die Zulässigkeit der Auslieferung, so muß der Verfolgte alsbald aus der Auslieferungshaft entlassen und die ersuchende Regierung ablehnend beschieden werden (vgl. §§ 7, 17). In den §§ 8 und 9 ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichtsbehörden für die Bearbeitung der Auslieferungsfälle geregelt. Es werden die Strafsenate der Oberlandesgerichte für zuständig erklärt. Zur Sicherung der Einheitlichkeit der deutschen Rechtsprechung in Auslieferungsangelegenheiten ist bestimmt, daß das mit der Sache befaßte OLG. sich der Entsch. zugunsten des RG. enthalten kann, wenn es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, und daß es sich der eigenen Entsch. enthalten muß, wenn es von der reichsgerichtlichen Beurteilung einer Rechtsfrage in Auslieferungssachen abweichen will. Von den übrigen Bestimmungen kann nur einiges noch hervorgehoben werden. Der Verfolgte kann in jeder Lage des Verfahrens einen Rechtsbeistand zuziehen. In Fällen eines besonderen Bedürfnisses kann ihm ein Rechtsanwalt beigeordnet werden. Ein Rechtsanwalt muß beigeordnet werden, wenn der Verfolgte keinen Rechtsbeistand gewählt hat und das Gericht in Abwesenheit des Verfolgten in mündlicher Verhandlung die Zulässigkeit der Auslieferung erörtert. Der Rechtsbeistand kann die dem Gericht vorliegenden Akten über das Auslieferungsverfahren einsehen. Ihm ist schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem verhafteten Verfolgten gestattet. Der beigeordnete Rechtsanwalt ist verpflichtet, die Beistandsleistung zu übernehmen (näheres vgl. § 32). Er erhält die Gebühren nach Maßgabe der GebO. aus der Staatskasse. Wegen der Schwierigkeit seiner Aufgabe sind die Höchstsätze der RAGebO. in Aussicht genommen, so z. B. für die Beistandsleistung bei einer mündlichen Verhandlung der Betrag von 80 RM; erstreckt sich die Verhandlung auf mehrere Tage, so erhöht sich die Gebühr für jeden weiteren Tag um 15 Teile (näheres vgl. § 50 des Entw., der hinter § 75 RAGebO. vier neue Vorschriften einfügt). — Nach den Gepflogenheiten des deutschen Auslieferungsverkehrs kommt eine Auslieferung an eine ausländische Regierung grundsätzlich erst dann in Frage, wenn der Verfolgte der deutschen Strafrechtspflege Genüge getan hat. In Ausnahmefällen wird es jedoch mit den Interessen der inländischen Rechtspflege vereinbar sein, von der Strafverfolgung oder der Strafvollstreckung abzusehen, um die alsbaldige Auslieferung des ausländischen Beschuldigten oder Verurteilten zu ermöglichen. Der Entw. sieht deshalb eine Änderung der StPO. dahin vor, daß von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden kann, wenn der Beschuldigte wegen der Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert wird. Das gleiche gilt, wenn er wegen anderer Taten einer ausländischen Regierung ausgeliefert wird und die Strafe, zu der die inländische Verfolgung führen kann, neben der Strafe, zu der er im Auslande rechtskräftig verurteilt worden ist oder die er im Auslande zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt (vgl. § 49 des Entw., der in die StPO. einen neuen § 154a einfügt). Entsprechend bestimmt ein neuer § 456a StPO., daß von der Vollstreckung der Freiheitsstrafe abgesehen werden kann, wenn der Verurteilte wegen einer anderen Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert wird.

2. Zugegangen ist dem RT. ferner der Entw. eines Ges. über das Luftverkehrsabkommen zwischen Deutschland und Italien, das den Zivilluftverkehr zwischen den beiden Staaten i. S. möglichster Förderung des Luftverkehrs regeln und dabei die Interessen der öffentlichen Sicherheit, des Privateigentums und der einheimischen Luftverkehrsunternehmen wahren will. Für den Einzelverkehr von Luftfahrzeugen des einen Vertragsstaates in den anderen ist völlige Freiheit vorgesehen; der Betrieb von regelmäßigen Luftlinien eines Luftfahrtunternehmens des einen Staates in das Gebiet des anderen unterliegt dagegen noch einer Sondervereinbarung.

3. Die dem Reichstag vorliegenden Gesetzesentwürfe betr. Übereinkommen und Statut über die internationale Rechtsordnung der Eisenbahnen und die internationale Rechtsordnung der Seehäfen enthalten Abkommen, die auf der vom Völkerbund einberufenen, von 40 Staaten beschickten 2. Allgemeinen Verkehrskonferenz in Genf abgeschlossen worden sind.

Die Übersicht der Rechtsprechung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Hefte zum Abdruck.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Nollendorf 6330.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.